



مجلة قانونية فصلية تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية
السنة الرابعة والسبعون عدد يناير - أبريل ١٩٩٥



الجزء الأول



مجلة قانونية فصلية تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية
السنة الرابعة والسبعون عدد يناير - أبريل ١٩٩٥



الجزء الأول

بغير الإنسان الحر ، وقضاء مستقل ،

وبغير محاماة تنتصر للمظلوم أمام ذلك

القاضي المستقل لن يسلم حالنا أبداً

الأستاذ الجليل النقيب
أحمد الخواجه

كلمة العدد

•  •

نسجد لله شكراً وعرفاناً بفضله سبحانه وتعالي إذ مكن جمعيتكم العمومية من اختيار مجلسكم الموقر عام ١٩٩٢ وكان هذا المجلس الذي اختاره المحامون باجماع منقطع النظير - وعلي رأسه الأستاذ / *النقيب الجليل احمد الخواجه* - والذي قاد سفينة مجلسكم بحكمة واقتدار - وبفضل الله سبحانه وتعالي وتوفيقه ودأب أعضاء مجلسكم في البذل والعطاء وفاء للثقة التي منحتها اياهم جمعيتكم العمومية - لم يتخلف أحد من أعضاء مجلسكم عن أداء دوره في تفانٍ واخلاص كل في مكانه ودوره - لم يقصر أحد منهم في خدمة المحامين ايماناً بهذه الرسالة السامية - والثقة الغالية التي يهون أمامها كل بذل وعطاء .

وإذا كان هناك عمل ينسب إلي هذا المجلس

أولاً : تجديد شباب مجلة المحاماة وبعثها من جديد أكثر قوة وشباباً - نفخر بها ونقدمها بكل اعزاز وفخر وانعكس ذلك في الإقبال عليها أن زاد الطلب عليها وأصبحت تنفذ فور صدورها مما جعل مجلسكم يوصي بزيادة المطبوع منها حتي تصل لكل محام - ناهيك عن غير المحامين الذين يطلبونها بأي ثمن تقدره النقابة لأهميتها - مما جعلنا نفكر في طرحها لغير المحامين بسعر تكلفتها حتي نلبي تلك الطلبات من أسرة القانون .

وإذا كنا سوف نعدد ما قام به مجلسكم فإن مشروع التكافل الذي ينتظر منكم الاشتراك والإقبال عليه حتي يمكن هذا المشروع من تقديم أكثر من ما هو مطروح الآن ، إذ كلما زاد عدد المشتركين كلما أعطي هذا المشروع الكثير للمحامين في السنوات القادمة .

وإذا كان الكتاب القانوني أصبح ميسراً للمحامي في كل مكان بالشراء الفوري أو التقسيط مما زاد من اقتناء المحامين لهذه الكتب وأثرت مكتبة المحامي - ارتقاء بهذه المهنة الخالدة .

وازاء نجاح مشروع نقل المحامين بين المحاكم بالقاهرة أصبح رمزاً مجسداً للعمل النقابي الجيد - واستفاد منه المحامون مما يضاعف جهدنا وسوف ننقل هذه الخدمة إلي النقابات الفرعية قريباً بإذن الله .

ولما كان المحامون وجمعيتهم العمومية أكثر ادراكاً لما يدور في مجلسهم وتفانيه في خدمة المحامين اذ انعقدت يوم ١٩٩٥/٦/٢٣ أول جمعية عمومية للمحامين منذ سنوات طويلة من عمر مجلسكم - والذين حضروا هذه الجمعية رأوا جميعاً كيف انعقدت في هدوء تام باجراءات قانونية لا يسيطر عليها سوي إرادة المحامين ووعيهم - اذ لم تحدث أية شائبة تعكر من صفو هذه الجمعية وتعكس احترام المحامين ووعيهم وإرادتهم التي انصبت قرارات لهذه الجمعية - وكانت مثالاً يفتخر به بين الجمعيات العمومية التي حدثت من قبل - لم يحدث ما يكدر صفو ارادة المحامين ، بل الجميع كان متعاوناً من أجل هذه المهنة العظيمة ورسالتها السامية .

أن يوم ١٩٩٥/٦/٢٣ يوم انعقاد الجمعية العمومية للمحامين هو نقطة تحول لم يسبق لها مثيل وقد وضعت النقط فوق الحروف إذ قفز المعاش من ٢٨٠ جنيه إلي ٧٠٠ جنيه أي إلي أكثر من مائة في المائة .

لقد رأينا الابتسامة العريضة علي وجوه المحامين وسألت من أوشك علي المعاش ووجدته فرحاً بنقل معاشه من ٢٨٠ جنيه إلي ٧٠٠ جنيه - وسألت من هم في أول الطريق وجدتهم أكثر فرحاً وقال أحدهم اذا كان هذا المجلس في دورة واحدة قفز بالمعاش إلي أكثر من مضاعفة المعاش فإنني أتصور في الدورة القادمة سيصل المعاش إلي ١٥٠٠ جنيه وبعد خمسة عشر عاماً عندما أصل إلي المعاش أتخيل أن أحصل علي ٣٠٠٠ جنيه شهرياً إذا كانت سياسة مجلسكم باقية . قلت هذا مرهون بكم أنتم أعضاء الجمعية العمومية نعمل من خلال تأييدكم وثقتكم التي نحرص عليها وفاء للوعد الذي قطعناه علي أنفسنا أمام الله سبحانه وتعالي .

وإذا كان لنا كلمة فإننا نقول للذين يضعون العراقيل أمام المجلس حتي لا يعمل ، واشغاله حتي لا يأخذ قراراً في صالح المحامين - أن المحامين بكل فخر وشمم قالوا كلمتهم يوم ١٩٩٥/٦/٢٣ نعم لهذا المجلس الذي أوفي بعهده - وكان محل ثقتهم واعتزازهم وفخراً لهم علي مر الأجيال .

لقد دخل هذا المجلس بنقيبه وأعضاؤه التاريخ وسجل صفحة ناصعة من العمل النقابي تفخر بها الأجيال القادمة في مهنة المحاماة .

والله غالب على أمره ولكن أكثر الناس لا يعلمون .

محمد السيد حمدون

المحامى

وكيل نقابة المحامين

الجمعية العمومية
يوم ١٩٩٥/٦/٢٣ فى سطور

هذه أول جمعية عمومية تعقد بنقابة المحامين منذ سنوات دون أن يحدث ما يعكر صفو الأمن بها - بل تمت فى هدوء لأول مرة - ومارس كل محام حقه الطبيعى فى الادلاء بصوته بأمان - فرحاً بعقد جمعيته العمومية - حريصاً عليها - يحميها كنفسه ويزود عنها بكل ما يملك - لأنها إرادة المحامين .

عدد الذين حضروا الجمعية العمومية ١٦٤٠ وهو ما يحقق النصاب القانونى .

اجمالى الأصوات ١٥٣٤ - الأصوات الباطلة ١٥ الأصوات الصحيحة ١٥١٩ صوتاً .

ميزانية ١٩٩٣ - موافقة ١٤١٦ صوتاً ورفض ١٠٣ صوتاً .

ميزانية ١٩٩٤ - موافقة ١٤١٤ صوتاً ورفض ١٠٥ صوتاً .

زيادة المعاش - موافقة ١٤٤٦ صوتاً ورفض ٧٣ صوتاً .

قرارات الجمعية العمومية :

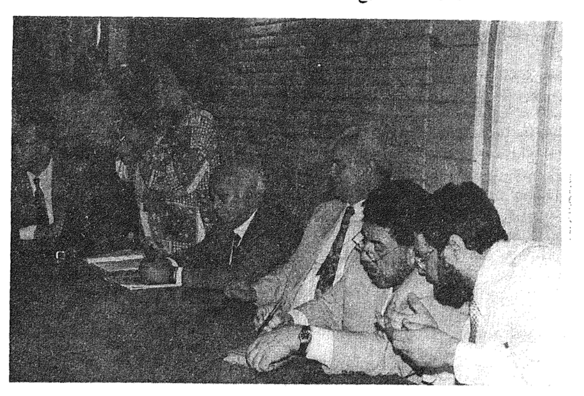
اولا: التصديق على ميزانية النقابة وصندوق الرعاية الاجتماعية والصحية لعام ١٩٩٣ وتقرير مراقب الحسابات .

ثانيا: التصديق على ميزانية النقابة وصندوق الرعاية الاجتماعية والصحية لعام ١٩٩٤ وتقرير مراقب الحسابات .

ثالثا: زيادة المعاش إلي ٧٠٠ جنيه (سبعمائة جنيه) حد أقصى و١٧٥ جنيه (مائة خمسة وسبعين جنيه) حد أدنى للسادة الأساتذة المحامين ذوى المكاتب الخاصة مع سريان زيادة المزايا للسادة الأساتذة محامىّ القطاع العام وفقاً للنسبة المحددة بالقانون وذلك مع زيادة التمغات والاشتراكات إلى قيمتها السابقة قبل الألغاء فقط على أن تطبق زيادة المعاش اعتباراً من ١٩٧٧/١/١ .

اعضاء المجلس الذين حضروا الجمعية العمومية هم الاساتذة :

محمد السيد حمدون - بشرى عصفور - أحمد سيف الإسلام - مختار نوح - خالد بدوى - جلال سعد - يوسف كمال - ناجح طه - محمد مصطفى علوان - سامح عاشور - بهاء عبد الرحمن - أسامة محمود - محمد طوسون - رأفت سيف - عاكف جاد - محمد أبو الوفا - محمد فزاع .



لجنة الاشراف تكونت من الاساتذة :

محـمـد السـيـد حـمـدون وكـيـل المجلس - بشرى عـصـفـور وكـيـل المجلس - حسين إبراهيم الكليـه نقيب الاسماعيلية - فرج محمد على كلبوش أمين عام نقابة كفر الشيخ - مدحت عاشور نقيب كفر الشيخ - صلاح القفص نقيب الغربية - خالد بدوى أمين مساعد الصندوق - يوسف كمال عضو المجلس - بهاء عبد الرحمن عضو المجلس - ناجح طه عضو المجلس .

وتلى السيد الأستاذ أمين الصندوق / **مختار نوح** تقرير مراقبة الحسابات بعد أن قدم الشكر للمجلس والسيد الأستاذ النقيب / أحمد الخواجه - وقررت الجمعية العمومية الآتى :

تقديم الشكر للأستاذ / **احمد الخواجه** نقيب المحامين على العطاء الدائم طوال ربع قرن من الزمان للعمل النقابى .

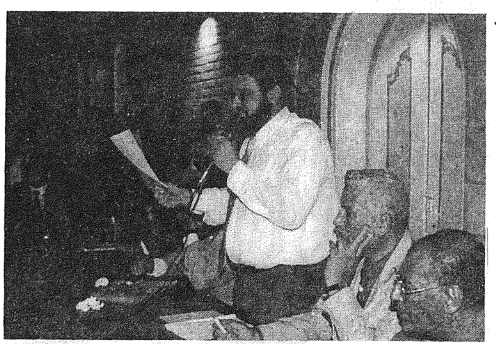
تقديم الشكر للأستاذ / **حسين الكلية** نقيب الاسماعيلية بصفته أكبر الأعضاء سناً ورئيس اللجنة اللجنة المشرفة على الجمعية العمومية - كما أشاد بدور الأستاذ / **صلاح القفص** نقيب الغربية والأستاذ / **مدحت عاشور** نقيب كفر الشيخ .



تقديم الشكر للأستاذ/ **مختار نوح** أمين الصندوق عما بذله من جهد فى اعداد ميزانية ٩٣ ، ١٩٩٤ والتى نالت اجماع الجمعية العمومية وكذلك زيادة المعاشات والمشروعات التى قدمها الصندوق للمحامين .

تقديم الشكر للأستاذ / **خالد بدوى** أمين الصندوق المساعد لما بذله من جد فى اعداد الميزانيات وزيادة المعاشات .

وكان التصويت عن طريق الاقتراع المكتوب - وعن طريق المناقشة العلنية برفع الأيدى فى وقت واحد .



إنها علامة من علامات التاريخ . . ووقفه مع النفس . . وميلاد جديد . .

لنقابة المحامين . .

نافذة على الأحداث

وانتصرت ارادة المحامين

انعقدت أول جمعية عمومية عادية منذ أكثر من ٢٠ عاماً .. وأحتشدت المئات بدار النقابة العامة ليجددوا الثقة بمجلسهم المنتخب وليقرروا .

اولا: التصديق على ميزانية عام ١٩٩٣ وتقرير مراقب الحسابات المرفق .

ثانيا : التصديق على ميزانية عام ١٩٩٤ وتقرير مراقب الحسابات المرفق .

ثالثا : الموافقة على المشروع المقدم من امانة الصندوق والمحال من مجلس النقابة إلى الجمعية العمومية **برفع المعاش إلى ٧٠٠ سبعمائة جنيه كحد اقصى وإلى ١٧٥ مائة وخمسة وسبعين جنيها كحد ادنى** مع زيادة التمغات والاشتراكات على النحو الذى قرره مجلس النقابة السابق .

إن الثقة التى أولاها المحامون لنا قد طوقت أعناقنا ونسى المخلصون العاملون أمام اقبال المحامين كل ألم وعناء واحتسبوا عند ربهم إفك المرجفين وأكاذيب الحاقدين .





وفى الوقت الذى يقوم فيه مجلسكم بدعم العلاج بحمد الله بما يصل إلى عشرة ملايين من الجنيهات فى عام ١٩٩٥ ينعم علينا الله بزيادة أصول النقابة فى عامين وزيادة مواردها بنسبة تصل إلى ٦٠٪ متمثلة فى **عشرة من الاندية والمشروعات العملاقة وآخرها حاجز الامواج بالاسكندرية .**

وكان تقسيط الكتاب وزيادة المعاش إلى (**اربعمائة جنيه**) دون أى أعباء على المحامى ثم إلى (**سبعمائة جنيه**) فى أقل من عامين وفتح باب العلاج



ليشمل أكثر من ١٢٠ ألف من المستفيدين وعلاج الأب والأم ودعم النقابات الفرعية والشباب بتسهيل خطوط المواصلات الخاصة بالجيزة والقاهرة ودعم رحلات الوفاء للمحامين المحالين إلى المعاش والرحلات الدينية من عمرة وحج وزيارات الأخوة المسيحيين إلى الأديره والأماكن المقدسة ومساندة المحامين فى الكوارث يصل

حجم الدعم إلى مليونين كاملين فى الزلازل وحظر التجول بديروط وملوى ، وكارثة السيول وإعانة من أصيب بسبب عمله أو أثناء ممارسة مهنته أو أداء عمله النقابى ، ومساندة المعتقلين بسبب الرأى من المحامين ورفع الإعانة الشهرية لهم إلى **اربعمائة جنيه** وهى أعلى إعانة تقدمها نقابة لأبنائها ، ودعم النقابات الفرعية تحقيقاً لاستقلالها ، وتنمية مواردها بأن خصص لكل منها (**خمسون الف جنيه**) فضلاً عما ترك لخزانتها من متحصلات رسوم على العقود أو أوامر التقدير أو الشكاوى أو الأندية الخاصة بها ، ودعم الدورات التدريبية للغات ، **ورصد خمسة ملايين من الجنيهات لنادى المحامين بالعاصمة** والذى سيبدأ العمل به اعتباراً من ١٩٩٦/١/١ ان شاء الله ، فضلاً عن نادى المحامين العائم أمام مسرح البالون بالعجوزة والذى بدأ العمل فى إنشائه فى ١٩٩٥/٧/١ ، واعتماد التكافل الاجتماعى لمشروع أولى لتأمين مستقبل المحامين ،



وفير الودائع المالية حتى وصلت إلى (**سبعة ملايين من الجنيهات**) جاءت وليدة ترشيد الانفاق ومنع البذخ والانفاق فى غير موضع نقابى ، وتنقية الجدول من أكثر من عشرين ألف حالة خالفت القانون وهددت مستقبل مهنتنا العريقة .

نقدم لكم أيها الإخوة الزملاء هذه الانجازات فى سنوات ثلاثة هى فضل الله علينا وتوفيقه لنا ورعايته لنقابتنا فى ظل مجلس حرصت أغلبيته على مواصلة ليلها بنهارها لكم لا لغيركم أيها الأحباب .. حتى عندما جد الجد قدموا حريتهم وصدورهم دفاعاً عن نقابتنا الحبيبة وأبنائها الغوالى وقدمت نقابة المحامين لأول مرة ثلاثة من أعضاء مجلسها عاشوا بين جدران السجون قرباناً للحرية المنشودة ودفاعاً عن كرامة أبنائها .



إن ذلك كله على سبيل المثال لا الحصر ، وقد كان من الممكن أن نعطى أكثر من ذلك لولا تفرغ القليل تسانده بعض الأجهزة ذات المصلحة للهجوم الاعلامى وإقامة القضايا وبث الخلاف والإشاعات الكاذبة ضارباً عرض الحائط بمصلحة المحامين .

وتتوج هذه الأعمال بما يحفظ للمحامى ماء وجهه حياً وكرامة ذويه بعد الممات بزيادة المعاش إلى (**سبعمائة جنيه**) للمدة الكاملة وهو حلمنا القديم جميع

وإلي الذين سخروا أقلامهم وأوقاتهم بوضع العراقيل أمام هذا الموج الهادر بالخير بالشائعات المفتراه والأكاذيب المغرضة محاولين سلب نقابتنا الحبيبة من أيدي أبنائها وفرض الحراسة القضائية أو الحكومية عليها ثم بمحاولة عرقلة هذه الانجازات حقداً وكمداً إليهم نقول ..

منذ صدور القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ فى ١٩٨٣/٣/٣١ وفى ظل جميع المجالس السابقة لم تتم زيادة المعاشات إلا مرة واحدة فى مدة تسعة سنوات كاملة وذلك برفع الحد الأقصى للمعاش من ٢٤٠ جنيه إلى ٢٨٠ جنيه وذلك اعتباراً من أول يناير ١٩٩٢ دون النظر الى الحد الأدنى الذى ظل ثابتاً عند ٤٠ جنيهاً شهرياً مراعاة لارتفاع الأسعار .

البيـــان	المجالس السابقة		يناير ١٩٩٤	يناير ١٩٩٦
	١٩٨٣	١٩٩٢		
الحد الادنى	٤٠	٤٠	١٢٠	١٧٥
الحد الأقصى	٢٤٠	٢٨٠	٤٠٠	٧٠٠
الحد الأدنى للزوجه	٣٠	٣٠	٩٠	١٣٥

« اعملوا على مكانتكم ... إنا عاملون ....
وانتظروا .... إنا منتظرون » .

« وسيعلم الذين ظلموا أى منقلب ينقلبون »

مجلس نقابة المحامين

من أحكام المحكمة الدستورية العليا

(١)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ الموافق ١٤ رجب سنة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور عبد المجيد فياض وعدلى محمود منصور .

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية « دستورية ».

الإجراءات

بتاريخ السابع من أبريل سنة ١٩٩٣ أودع المدعي قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة طالباً الحكم بعدم دستورية المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامى .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها أصلياً عدم قبول الدعوى واحتياطياً رفضها .

وقدم المدعى عليه الأول مذكرة بدفاعه ورد فيها ما طلبته هيئة قضايا الدولة وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن شركة كريم للمقاولات والتجارة - والتى يرأس المدعى مجلس إدارتها - كانت قد أقامت ضد البنك المدعى عليه ، الدعوى رقم ٤٦٠ لسنة ١٩٩٣ مدنى كلى الأسكندرية طالبة استرداد أمانة التحكيم التى سبق أن دفعتها للبنك ، وبجلسة ٦ مارس سنة ١٩٩٣ ، تدخل المدعى - بصفته الشخصية منضماً إلى الشركة ، ودفع بعدم دستورية المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامى ، المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٨١ فى شأن تسوية الأوضاع بين البنوك العاملة فى مصر ، فقررت محكمة الموضوع تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة ١٠ أبريل سنة ١٩٩٣ وذلك ليقدم المدعى ما يفيد الطعن بعدم دستورية المادة المشار إليها ، فأقام دعواه الماثلة .

وحيث أن قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ينص فى المادة ٣٠ منه ، على أنه « يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلي المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة ، بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته ، والنص الدستورى المدعى بمخالفته ، وأوجه المخالفة » .

وحيث أن المدعى عليه الأول دفع بعدم قبول الدعوى الماثلة بمقولة إغفال صحيفتها بيان أوجه مخالفة النص التشريعى المطعون عليه للدستور ، وإخلالها بالتالى بنص المادة ٣٠ المشار اليها .

وحيث أن هذا الدفع مردود بأن التعارض بين نصين فى دائرة بذاتها ، قد يكون منبئاً – من خلال مقابلتهما ببعض– عن نطاق تصادمهما ، ودالاً بالتالى على مضمون المخالفة الدستورية التى يكفى لتحديدها وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا ، أن يكون تعيينها ممكناً ، متى كان ذلك ، وكان المدعى قد نعى على النص المطعون فيه ، مخالفته للمادة ٦٨ من الدستور التى تكفل لكل إنسان حق التقاضى من خلال عرض دعواه على قاضيها الطبيعى ، وكان النص محل الطعن إذ حجب عن هذا القاضى ولاية نظر المسائل محل التحكيم ، وعهد بها قسراً إلى محكمين يتولون الفصل فيها بعد أن أقصاه عنها فإنه بذلك يكون محدداً للدائرة يناقض فيها حكم المادة ٦٨ من الدستور ، وكاشفاً بالتالى عن وجه المخالفة الدستورية التى قيل بإغفال تعيينها .

وحيث إن كلا من هيئة قضايا الدولة والمدعى عليه الأول ، قد نفيا توافر المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى فى الطعن بعدم دستورية نص المادة ١٨ المشار إليها ، ذلك أن شركة كريم للمقاولات والتجارة تقيم نزاعها الموضوعى على أن انقضاء التحكيم تبعاً لفوات المدة المحددة للفصل فى المسائل التى اشتمل عليها ، يخولها الحق فى استرداد الأمانة التى كانت قد دفعتها ، ولا كذلك النص المطعون فيه ، إذ لا يتعلق بالأحوال التى يكون فيها التحكيم منقضياً ، وإنما اختط التحكيم طريقاً لفض المنازعات التى قد تثور بين بنك فيصل الإسلامى وعملائه ، هذا فضلاً عن أن المدعى ليس مخاطباً بالنص المطعون فيه ، ولم ينله ضرر خاص من جراء تطبيقه .

وحيث أن المادة ١٨ المطعون عليها تنص على أن « يفصل مجلس الإدارة بأغلبية أعضائه بصفته محكماً ارتضاه الطرفان فى كل نزاع ينشأ بين أى مساهم فى البنك وبين مساهم آخر سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً ، وذلك بشرط أن يكون النزاع ناشئاً عن صفته كمساهم فى البنك ، ولا يتقيد مجلس الإدارة فى هذا الشأن بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادىء الأساسية للتقاضى .
أما إذا كان النزاع بين البنك وبين أحد المستثمرين أو المساهمين أو بين البنك والحكومة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو إحدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد ، فتفصل فيه نهائياً هيئة من المحكمين معفاة من قواعد الإجراءات ، عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادىء الأساسية للتقاضى .

وفى هذه الحالة تشكل هيئة التحكيم من محكم يختاره كل طرف من طرفى النزاع وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلام أحد طرفى النزاع طلب إحالة المنازعة إلى التحكيم من الطرف الآخر . ثم يختار الحكمان حكماً مرجحاً خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتعيين آخرهما . ويختار الثلاثة أحدهم لرئاسة هيئة التحكيم خلال الأسبوع التالى لاختيار الحكم المرجح . ويعتبر اختيار كل طرف لمحكمه ، قبولاً لحكم المحكمين واعتباره نهائياً .

وفى حالة نكول أحد الطرفين عن اختيار محكمه ، أو فى حالة عدم الاتفاق على اختيار الحكم المرجح أو رئيس هيئة التحكيم فى المدد المحددة فى الفترة السابقة يعرض الأمر على هيئة الرقابة الشرعية لتختار الحكم أو الحكم المرجح أو الرئيس حسب الأحوال .

وتجتمع هيئة التحكيم فى مقر البنك الرئيسى ، وتضع نظام الإجراءات التى تتبعها لنظر النزاع وفى إصدار قرارها . ويجب أن يتضمن هذا القرار بيان طريقة تنفيذه وتحديد الطرف الذى يتحمل بمصاريف التحكيم ، ويودع قرار هيئة التحكيم الأمانة العامة لمجلس إدارة البنك .

ويكون حكم التحكيم فى جميع الأحوال نهائياً وملزماً للطرفين وقابلاً للتنفيذ ، شأنه شأن الأحكام النهائية . وتوضع عليه الصيغة التنفيذية وفقاً للإجراءات المنصوص عليها باب التحكيم فى قانون المرافعات .

وفى جميع الأحوال تخضع قرارات مجلس الإدارة ، وأحكام هيئة التحكيم ، الصادرة طبقاً لهذه المادة ، لأحكام الباب الثالث من الكتاب الثانى من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم فى المسألة الدستورية مؤثراً فى الفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها ، والمطروحة على محكمة الموضوع ، ولا يعدو النص المطعون فيه أن يكون مبلوراً لقاعدة آمرة لا يجوز تجاهلها أو إسقاطها . وبها فرض المشرع - وفى الحدود التى بينها - التحكيم جبراً على علائق بذواتها ، ليكون هذا النوع من التحكيم ملزماً ، ومستنداً فى مصدره المباشر إلى نص القانون ، فلا يستعاض عنه باللجوء إلى القضاء ، ولا يغير من طبيعته هذه أو يمسخها ، قالة إن بنك فيصل الإسلامى قد درج على أن يبرم مع عملائه عقوداً تحيل إلى التحكيم فى شأن المنازعات المتعلقة بتنفيذها ، ذلك أن هذه العقود - بفرض قيامها - إنما تردد القاعدة الآمرة التزاماً بنصها وامتثالاً لحكمها ، فلا تجبها تلك العقود أو تنحيها بل يتعين إعمالها دوماً ولو خلا عقد منها . متى كان ذلك ، وكان من المقرر أن للمتدخل انضماماً إلى أحد الخصوم أن يتمسك بالدفوع وأوجه الدفاع التى كان لهذا الخصم أن يبديها ، وكان النزاع الموضوعى يدور حول حق شركة كريم للمقاولات فى أن تستعيد أمانة التحكيم التى كانت قد دفعتها تأسيساً على ادعائها انقضاء التحكيم بفوات الميعاد المحدد للفصل فى المسائل التى اشتمل عليها ، وكان حقها فى ترد إليها أمانتها هذه يقوم كذلك إذا ما أبطل التحكيم - بالصورة التى أفرغها المشروع فيه - كأثر للحكم بعدم دستوريته ، فإن الفصل فى المسألة الدستورية يكون مؤثراً فى النزاع الموضوعى ومرتبطاً أبعاده .

وحيث أن البين من المادة ١٨ المشار اليها ، أن فقرتها الأولى تخول مجلس إدارة بنك فيصل الإسلامى - وباعتباره محكماً - الفصل فيما قد يثور بين المساهمين فيه من نزاع ، وبصفتهم هذه ، وذلك خلافاً لفقرتها الثانية التى يدور الطعن حولها لتوسلها بالتحكيم أسلوباً وحيداً لفض ما يثور من نزاع بين البنك وعملائه ، وذلك سواء أكانوا من المستثمرين أو من الجهات الحكومية أو شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد ، متى كان ذلك ، وكان لا شأن للمدعى بالفقرة الأولى من المادة ١٨ الآنف بيانها ، فإن مصلحته الشخصية والمباشرة ، تنحصر فى الطعن بعدم دستورية فقرتها الثانية دون غيرها .

وحيث أن الأصل فى التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ، ليفصل هذا المحكم فى ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالأة ، مجرداً من التحامل ، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التى أحالها الطرفان إليه ، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظرة تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية ، ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها ، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً ، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق ، إذ يحدد طرفاه - وفقاً لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما ، أو المسائل الخلافية التى يمكن أن تعرض لهما ، وإليه ترتد السلطة الكاملة التى يباشرها المحكمون عن البت فيها ، وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم ، التزامهما بالنزول على القرار الصادر فيه ، وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه ،

فإذا لم يكن القرار الصادر فى نزاع معين بين طرفين ، منهياً للخصومة بينهما ، أو كان عارياً عن القوة الإلزامية ، أو كان إنفاذه رهن وسائل غير قضائية ، فإن هذا القرار لا يكون عملاً تحكيمياً .

وحيث أن التحكيم بذلك يختلف عن إعمال الخبرة ، ذلك أن قوامها ليس قراراً ملزماً ، بل مناطها آراء يجوز إطراحها أو تجزئتها والتعديل فيها . كما يخرج التحكيم كذلك عن مهام التوفيق بين وجهات نظر يعارض بعضها البعض ، إذ هو تسوية ودية لا تجوز التوصية الصادرة فى شأنها قوة الأمر المقضى ، بل يكون معلقاً إنفاذها على قبول أطرافها ، فلا تتقيد بها إلا بشرط انضمامها طواعية إليها . ومن ثم يئول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية ، غايتها الفصل فى نزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ، ولا يتولون مهمامهم بالتالى بإسناد من الدولة .

وحيث أنه وان كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الصادر بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ قد نظم صوراً بذاتها كان التحكيم فيها إجبارياً ، هى تلك التى تقوم بين الدولة - وبين وحداتها الاقتصادية ، إلا أن النزاع بين هذه الجهات لا يثور بين أشخاص اعتبارية تتناقض مصالحها أو تتعارض توجهاتها ، إذ تعمل جميعها باعتبار أن ثمار نشاطها عائدة - فى منتهاها - إلى المرافق العامة التى تقوم الدولة على تسييرها ، وتكفل انتظامها وتطويرها لضمان وفائها بالأغراض التى ترمى إلى إشباعها ، ولا كذلك الأمر إذا كان أحد الأشخاص الطبيعيين طرفاً فى ذلك النزاع ، إذ لا يجوز أن يدخل فى هذا النوع من التحكيم - وعلى ما كان ينص عليه هذا القانون ذاته - إلا بقبوله .

وحيث أن الطبيعة الرضائية للتحكيم تبلور تطوراً تاريخياً ظل التحكيم على امتداده عملاً إرادياً ، فقد كان الأصل فى التحكيم أن يكون تالياً لنزاع بين طرفين يلجئان إليه إما لأن المحكم محل ثقتهما ، أو لأن السلطة التى يملكها قبلها كانت توفر لنزاعهما حلاً ملائماً وكان ينظر إلى المحكم بالتالى باعتباره صديقاً موثوقاً فيه ، أو رجلاً حكيماً أو مهيباً ، بيد أن هذه الصورة التقليدية - ومع احتفاظها بأهميتها حتى يومنا هذا - جاوزها التطور الراهن فى العلائق التجارية والصناعية ، لتقوم إلى جانبها صورة مختلفة عنها تستقل بذاتيتها ، ذلك أن التحكيم اليوم - فى صوره الأكثر شيوعاً - لا يعود إلى اتفاق بين طرفين قام بينهما نزاع حول موضوع محدد ، ولكنها تتمثل فى شرط بالتحكيم يقبل الطرفان بمقتضاه الركون إليه لمواجهة نزاع محتمل قد يثور بينهما . ولم يعد المحكم فى إطار هذا التطور ، مجرد شخص تم اختياره لعلائق يرتبط بها مع الطرفين المتنازعين . وإنما غدا التحكيم تنظيماً مهنياً تقوم عليه أحياناً جهة تحكيم دائمة تكون أقدر على تقديم خدماتها إلى رجال الصناعة والتجارة ، بل أن نطاق المسائل التى يشملها التحكيم بات متبايناً ومعقداً ، ولم يعد مقصوراً على تفسير العقود أو الفصل فيما إذا كان تنفيذها متراخياً أو مشوباً بسوء النية أو مخالفاً - من أوجه أخرى - للقانون ، وغير ذلك من المسائ الخلافية ذات الطبيعة القانونية البحتة ، بل توخى التحكيم إلى جانبها - وعلى نحو متزايد - إنماء التجارة الدولية عن طريق مواجهة نوع من المسائل التى لا يمكن عرضها على القضاء ، أو التى يكون طرحها عليه غير ملائم ، كتلك التى تتناول فى موضوعها ملء فراغ فى عقد غير مكتمل ، أو تعديل أحكام تضمنها العقد أصلاً لتطويعها على ضوء الظروف الجديدة التى لابستها ، وإن ظل الاتفاق دائماً - وباعتباره تصرفاً قانونياً وليد الإرادة ناشئاً عنها - منبسطاً على أعمال التحكيم ، سواء فى صورتها التقليدية أو فى أبعادها الجديدة ، ليكون مدخلاً إليها وطريقاً وحيداً لها .

وحيث أن من المقرر أنه سواء كان التحكيم مستمداً من اتفاق بين طرفين أبرماه بعد قيام النزاع بينهما ، أم كان ترقبهما لنزاع محتمل قد حملهما على أن يضمنا عقداً من العقود التى التزما بتنفيذها ، شرطاً يخولهما الاعتصام به ، فإن التحكيم لا يستكمل مداه بمجرد الاتفاق عليه ، وإنما يتعين التمييز - فى نطاق التحكيم - بين مراحل ثلاث تتصل حلقاتها وتتكامل ، بما مؤداه تضامها فيما بينهما ، وعدم جواز فصلها عن بعضها البعض ، وإلا كان التحكيم مجاوزاً إرادة الطرفين المتخاصمين متنكباً مقاصدهما . ذلك أن أولى مراحل التحكيم يمثلها الاتفاق عليه ، وهى مدار وجوده ، وبدونها لا ينشأ أصلاً ولا يتصور أن يتم مع تخلفها . وليس جائزاً بالتالى أن يقوم المشرع بعمل يناقض طبيعتها ، بأن يفرض التحكيم قسراً على أشخاص لا يسعون اليه ، ويأبون الدخول فيه . وارتكاز التحكيم على الاتفاق ، مؤداه اتجاه إرادة المحتكمين وانصرافها إلى ولوج هذا الطريق دون سواه ، وامتناع إحلال إرادة المشرع محل هذا الاتفاق ، فاتفاق التحكيم إذن هو الأصل فيه ، والقاعدة التى يرتكز عليها . بيد أن هذا الاتفاق وان أحاط بالتحكيم فى مرحلته الأولى وكان مهيمناً عليها ، إلا أن دور الإرادة يتضاءل ويرتد متراجعاً فى مرحلته الوسطى ، وهى مرحلة التداعى التى يدخل بها التحكيم فى اعداد الاعمال القضائية ، والتى يبدو عمل المحكمين من خلالها مؤثراً فيها . ذلك أن بدايتها تتمثل فى تكوين هيئة التحكيم عن طريق اختيار أعضائها ، ثم قبول المحكمين لمهمتهم وأدائهم لها فى إطار من الاستقلال والحيدة ، وعلى ضوء القواعد الموضوعية والاجرائية التى يقررونها إذا أغفل الطرفان المتنازعان بيانها ، لتمد سلطتهم إلى الأمر بالتدابير الوقتية والتحفظية التي يقتضيها النزاع وبمراعاة أن جوهر ولايتهم يرتبط بضمان الفرص المتكافئة التى يتمكن الطرفان من خلالها من تعديل طلباتهما ، وعرض أدلتهما الواقعية والقانونية وابداء دفوعهما ، لتصل مهمتهم إلى نهايتها بقرار يصدر عنهم يكون حكماً فاصلاً فى الخصومة بتمامها ، ولا يحول دونهم وتفسير ما يكون قد وقع فى منطوق هذا القرار من غموض ، أو تصحيح ما يكون عالقاً به من الاخطاء المادية البحتة .

وحيث أن اصدار هيئة التحكيم لقرارها الفاصل فى النزاع على النحو المتقدم ، وان كان منهياً لولايتها مانعاً لها من العودة إلى نظر الموضوع الذى كان معروضاً عليها ، الا أن الطرفين المتنازعين لا يبلغان ما رميا إليه من التحكيم إلا بتنفيذ القرار الصادر فيه . وتلك مهمة لا شأن لإرادة هذين الطرفين بها ، بل تتولاها أصلاً الدولة التى يقع التنفيذ فى إقليمها ، إذ تقوم محاكمها بفرض نوع من الرقابة على ذلك القرار ، غايتها بوجه خاص ضمان أن يكون غير مناقض للنظام العام فى بلدها ، صادراً وفق اتفاق تحكيم لا مطعن على صحته ونفاذه ، وبالتطبيق للقواعد التى تضمنها وفى حدود المسائل الخلافية التى اشتمل عليها ، وتلك هى المرحلة الثالثة للتحكيم التى تتمثل فى اجتناء الفائدة المقصودة منه ، والتى يتعلق بها الهدف من التحكيم ويدور حولها ، وبدونها يكون عبثاً .

وحيث أن الشريعة العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية - المعمول بها فى جمهورية مصر العربية ، وفقاً لأحكام قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، والتى يفصح عنها كذلك ما جاء بمضبطة الجلسة الحادية والخمسين لمجلس الشعب المعقودة فى ٢٠ يناير ١٩٩٤ - إبان دور الانعقاد العادى الرابع للفصل التشريعى السادس - قوامها أن التحكيم فى المسائل التى يجوز فيها الصلح وليد الاتفاق ، سواء أكان تحكيماً داخلياً ، أم دولياً ، مدنياً ، أم تجارياً ، وأن المحتكمين يجوز أن يكونوا من أشخاص القانون الخاص أو العام ، كذلك يؤكد هذا القانون أن التراضى على التحكيم والقبول به هو المدخل إليه وذلك من جهتين .

أولاهما : ما تفيده المادة ٢٢ من هذا القانون ضمناً من انتفاء ولاية هيئة التحكيم وامتناع مضيها في النزاع المعروض عليها ، إذا قام الدليل أمامها على انعدام أو سقوط أو بطلان اتفاق التحكيم أو مجاوزة الموضوع محل بحثها لنطاق المسائل التى اشتمل عليها .

ثانيهما : ما تنص عليه المادتان ٤ ، ١٠ من هذا القانون ، من أن التحكيم - فى تطبيق أحكامه - ينصرف إلى التحكيم الذى يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة ، وذلك سواء كانت الجهة التى اتفق الطرفان على توليتها اجراءات التحكيم ، منظمة أو مركزاً دائماً أو لم تكن كذلك وسواء كان اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع أم لاحقاً لوجوده ، وسواء كان هذا الاتفاق قائماً بذاته ، أم ورد فى عقد معين ، ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبارها هذا الشرط جزءاً من العقد ، بل أن المادة (٢٢) من هذا القانون صريحة فى نصها على.أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، وأن بطلان العقد الذى أدمج هذا الشرط فيه ، أو زوال هذا العقد بالفسخ أو الإنهاء ، ليس بذى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحاً فى ذاته .

وحيث أن الأحكام التى أتى بها قانون التحكيم سالف البيان لا ينافيها التنظيم المقارن ، بل يظاهرها ويقوم إلي جوارها ، ولا سيما بالنسبة إلى ما كان من صوره دولياً ومرجعها بوجه خاص إلى القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى الذى اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى فى ٢١ يونيو ١٩٨٥ فقد نص هذا القانون على أن المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية محددة بين طرفين ، أو التى يمكن أن تتولد عنها ، يجوز بناء على اتفاق إحالتها إلى محكمين سواء أكان اتفاق التحكيم فى صورة شرط تحكيم وارد فى عقد أم فى شكل اتفاق منفصل ، وتعتبر الإحالة فى عقد ما إلى وثيقة تشتمل على شرط تحكيم ، بمثابة اتفاق تحكيم ، إذا كان هذا العقد مكتوباً ، وكانت الإحالة كاشفة بدلالتها عن أن هذا الشرط جزء من العقد .

وانبثاق التحكيم عن الاتفاق باعتباره مصدر وجوده ، هو القاعدة التى تبنتها الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى (٢١ ابريل ١٩٦١) وذلك فيما نصت عليه من سريان أحكامها فى شأن كل اتفاق يتغيا تسوية نزاع قائم أو محتمل يرتبط بالتجارة الدولية ، ويكون مبرماً بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يقيمون على وجه الاعتياد وقت هذا الاتفاق بإحدى الدول المتعاقدة أو تتخذ مقراً لها فيها . ويقصد باتفاق التحكيم - فى تطبيق أحكام هذه الاتفاقية - كل شرط بالتحكيم يكون مدرجاً فى عقد ، وكذلك كل اتفاق قائم بذاته يلجأ الطرفان بمقتضاه إلى التحكيم ، على أن يكون كلاهما موقعاً عليه منهماً أو متضمنا فى رسائلهما أو برقياتهما أو غير ذلك من وسائل الاتصال بينهما .

وهذه القاعدة ذاتها هى التى رددتها اتفاقية نيويورك (١٠ يونيو ١٩٥٨) التى أقرها مؤتمر الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى فى شأن تقيد الدول - كل فى نطاق إقليمها وفى مجال اعترافها بقرارات المحكمين وتنفيذها - بالاتفاق الكتابى الذى يتعهد الأطراف فيه بعرض نزاعاتهم - ما كان منها قائماً أو محتملاً - على التحكيم ، وذلك كلما كان موضوعها مما يجوز التحكيم فيه ، وبشرط نشوئها عن علاقة قانونية محددة ولو لم يكن العقد مصدراً لها .

وأصداء هذه القاعدة تعكسها كذلك الاتفاقية المبرمة فيما بين الدول الأعضاء فى منظمة الدول الأمريكية (٣٠ يناير ١٩٧٥) بإعلانها صحة كل اتفاق يتعهد بمقتضاه طرفان أو أكثر بعضر نزاعاتهم الحالية - أو ما يظهر مستقبلاً منها - على محكمين ، يعينون بالكيفية

التي يبينها اطراف النزاع ، ما لم يفرضوا فى ذلك طرفاً ثالثاً ، كذلك تلتزم بالأحكام السالف بيانها ، الاتفاقية المبرمة فى شأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (١٧ مارس ١٩٦٥)
La Convention pour le regiment des differends relatifs aux investissment entre etats et ressortissants d'autres etats .

وحيث أن القوانين الوطنية فى عدد من الدول ، تقرر كذلك أن الاتفاق مصدر للتحكيم ، فقد عقد قانون المرافعات المدنية الفرنسى عدة فصول ضمنها كتابة الرابع منظماً بها شرط التحكيم واتفاق التحكيم ، ومحدداً القواعد التى تجمعهما ، ومقرراً بموجبها أن شرط التحكيم هو كل اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف فى عقد بعرض نزاعاتهم التى يمكن أن تتولد عنه ، على التحكيم ، ويجب أن يكون هذا الشرط مدوناً فى العقد الأصلى ، أو فى وثيقة يحيل هذا الشرط اليها ، وإلا كان باطلاً ويبطل هذا الشرط كذلك إذا خلا من بيان أشخاص المحكمين أو أغفل تعيينهم بأوصافهم ، ويعنى بطلان شرط التحكيم أن يعتبر كما لو كان غير مدون ، ويجوز باتفاق مستقل ، أن يحيل طرفان نزاعاً قائماً بينهما إلى محكم أو أكثر للفصل فيه ، ولو كان عين النزاع منظوراً بالفعل أمام جهة قضاء وكلما كان الفصل فى النزاع موكولاً إلى محكمين وفقاً لاتفاق تحكيم ، فإن عرضه على جهة قضاء يلزمها أن تقرر عدم اختصاصها بنظره ويكون الأمر كذلك ولو كان هذا النزاع لا يزال غير معروض على المحكمين ، ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان وإذا عارض أحد الطرفين المتنازعين فى أصل الولاية التى يباشرها المحكم أو فى مداها كأن لهذا المحكم أن يفصل فى صحة إسنادها اليه وكذلك فى نطاقها .

كذلك عدل القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٩٣ الصادر فى رومانيا - بعد زوال التأثير الشيوعى من تنظيماتها القانونية - أحكام الباب السابع من قانون الإجراءات المدنية والتجارية ، متبنياً نظاماً للتحكيم يخول الأشخاص الذين يملكون مباشرة كامل حقوقهم ، حرية الدخول فيه لتسوية نزاعاتهم المتعلقة بحقوقهم المالية باستثناء تلك المسائل التى لا يجوز التعامل فيها ، ومقرراً كذلك أن التحكيم لا يتم إلا بمقتضى اتفاق يدون كتابة ، وأن هذا الاتفاق إما أن يكون تفاهماً قائماً بذاته بين طرفين لمواجهة نزاع شجر بينهما بالفعل Compromise وإما أن يكون متخذاً شكل شرط بالتحكيم Compromissory Clause مندمجاً فى عقد نافذ بين الطرفين المتنازعين ، ويستقل فى صحته عن العقد الذى يتضمنه ، على أن يتناول هذا الشرط تخويل المحكمين فض ما قد يثور بينهما مستقبلاً من نزاع يكون ناشئاً عن ذلك العقد أو مرتبطاً به . ويعتبر اتفاق التحكيم مانعاً من مباشرة جهة القضاء لاختصاصها بنظر المسائل التى أحالها ذلك الاتفاق إلى التحكيم ويكون لأعضاء هيئة التحكيم السلطة الكاملة التى يحددون من خلالها ما يدخل فى اختصاصهم من المسائل ، وذلك بقرار لا يجوز الطعن فيه إلا وفق الأحكام المنصوص عليها فى المادة ٣٦٤ من هذا القانون.

وحيث أن النصوص القانونية السالف بيانها تؤكد جميعها أن التحكيم وفقاً لأحكامها لا يكون إلا عملاً إرادياً ، وأن الطرفين المتنازعين إذ يبرمان فيما بينهما اتفاق تحكيم ، ووير كنان برضائهما إليه لحل خلافاتهما ، ما كان منها قائماً عند إبرام هذا الاتفاق أو ما يتولد منها بعده ، إنما يتوخيان عرض موضوع محدد من قبلهما على هيئة من المحكمين تتولى - بإرادتهما - الفصل فيه بما يكفل إنهاء نزاعهم بطريقة ميسرة فى إجراءاتها وتكلفتها وزمنها ، ليكون التحكيم بذلك نظاماً بديلاً عن القضاء ، فلا يجتمعان ، يؤيد ذلك أن الآثار التى يرتبها اتفاق التحكيم من نوعين : آثار إيجابية قوامها انفاذ هذا الاتفاق من خلال عرض المسائل التى يشتمل عليها على محكمين ، وأن يبذل الطرفان المتنازعان جهدهما من أجل تعيينهم وتسهيل

ادائهــم لواجبـاتهــم والامتناع عن عـرقلتـهـا ، وآثار سلبـيـة جوهرها أن اتفـاق التـحكيم يعـزل جـهـة القـضـاء ويمنعــهــا من الفـصـل فى المســائل التى أحـيلت إلى المحكمين بل أن الاتجاه السائد اليوم يخولهم عند إنكار ولايتـهـم ، تقريـر الاختـصـــاص بمـا يدخل فى نطاقهـا la Competence de leur Competence وإن كان ذلك لا يحول بين جهة القضاء وبين أن تفرض رقابتها - فى الحدود التى يبينها القانون - على قراراتهم التى تنتهى بها الخصومة كلها ، سواء فى مجال الفصل فى ادعـاء بطلانها ، أو بمناسبة عرضها عليها لضمان التقيد بها .

وحيث إنه لا ينال مما تقدم ، ما ذهب إليه المدعى عليه الأول ، من أن النص المطعون فيه ليس تحكيـمـاً إجبـاريـاً ، بل هو تحكيم من طبيـعـة قـضـائيـة ، تولى المشرع تنظيـمـه عـمـلاً بالسلطة التى يباشرها بمقتضى المادة ١٦٧ من الدسـتـور ، التى عـهـدت إليـه بتـوزيع الولاية القضائية بين الهيئات التى اختصها بمباشرتها ، دون عزل بعض المنازعات عنها ، وبغير إخلال بالقواعد التى أتى بهـا البـاب الثـالث من الكتـاب الثـالـث من قانون المرافعات المدنيـة والتجارية والتي حلت محلها الأحكام التى تضمنها قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

وحـيث أن هذا الزعم مـردود بأن مـا قـصـد إليــه الدستور بنص المادة ١٦٧ منه التى فوض بها المشرع فى تحديد الهيئات القضائية وتقرير اختصاصاتها ، هو أن يعـهـد إليـه دون غـيـره ، بأمر تنظيم شئون العدالة من خلال توزيع الولاية القضائية بين الهيئات التى يعينها ، تحديداً لقسط كل منها أو لنصيبها فيها ، بما يحول دون تنازعها فيما بينها أو إقحام إحداها فيما تتولاه غيرها من المهام ، وبما يكفل دوما عدم عزلها جميعاً عن نظر خصومة بعينها ، ولا كذلك التحكيم إذا تم باتفاق بين طرفين ، ذلك أن مؤداه عزل المحـاكم جمـيـعـهـا عن نظر المسائل التى يتناولها استثناء من خضوعها أصلاً لها ، وعلى أساس أن المحكمين يستمدون عند الفصل فيها - ولايتهم هذا الاتفاق باعتباره مصدراً لها ، كذلك ليس فى الوقـاعـد التى تضمنها الباب الثالث من الكتـاب الثالث من قانون المرافعات قبل إبدالها بقانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، ولا فيما قرره هذا القانون من قواعد ، ما يدل على أن التحكيم يمكن أن يكون إجبـاريـاً ، بل تفصح جـمـيـعـهـا عن أن قـبـول المحـتـكمين للتـحـكيم شـرط لجـوازه بـاعـتـبـاره طريقـاً اسـتـثـنائيـاً لفض النزاع بين طرفين بغـيـر اتبـاع طرق التقاضى المعتاده ، ودون تقيد بكامل ضماناتها .

وحيث أن سيـادة الدستـور - بمعنى تصدره القـواعـد القانونيـة جميعها - ليس مناطها عناصر مادية قوامها مضمون الأحكام التى احتواها ، والتى تنظم بوجه خاص تبـادل السلطة وتوزيعهـا والرقـابة عليـهـا ، بما في ذلك العلائق بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وكيفية مباشرتهما لوظائفهما ، ونطاق الحقوق التى يمارسها المواطنون ، وكذلك الحريات التى يتمتعون بها ، ذلك أن الدسـتـور - محـدداً بالمعنى السـابق على ضوء القـواعـد التى انتظمـهـا - هو الدسـتـور منظوراً إليـه من زاوية مادية بحتة La Constitution au sens material وهى زاوية لا شـأن لهـا بعلو القـواعـد الدسـتـوريـة وإخضـاع غـيـرها من القـواعـد القـانونيـة لمقـتـضاها ، وإنما تكون للدسـتـور السـيـادة ، حين تهـيـمن قـواعـده على التنظيم القـانونى في الدولة لتحتل ذراه ، ولا يكون ذلك إلا إذا نظرنا إليه من زاوية شكلية La Constitution au sens formel لا تـتـقـيـد بمضـمـون القـواعـد التى فـصلهـا وانما يكون الاعتبار الأول فيها عائداً أولاً إلى تدوينها وثانياً إلى صدورها عن الجهة التى انعقد لها زمام تأسيسها L'organ Constituant والتى تعلو بحكم مـوقـعـهـا من السلطتين التشريعية والتنفيذية - عليهما معا ، إذ هما من خلقها وينبثقان بالتالى عنها ، يلتزمان دوما بالقيود التى فرضتـهـا و بمراعاة أن القواعد التى صاغتها هذه

الجهة - وأفرغتها فى الوثيقة الدستورية - لا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا وفق الأشكال والأنماط الاجرائية التى حددتها ، بشرط أن تكون فى مجموعها أكثر تعقيداً من تلك التى تنزل عليها السلطة التشريعية ، إذا عَنَّ لها تعديل أو الغاء القوانين التى أقرتها ، ودون ذلك تفقد الوثيقة الدستورية أولويتها التى تمنحها على الإطلاق الموقع الأسمى La Primaute Absolue والتى لا تنفصم الشرعية الدستورية عنها فى مختلف تطبيقاتها ، باعتبار أن التدرج فى القواعد القانونية يعكس لزوماً ترتيباً تصاعدياً فيما بين الهيئات التى أقرتها أو أصدرتها .

وحيث أن الدستور قد كفل لكل مواطن - بنص مادته الثامنة والستين - حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى ، مخولا إياه بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاض يكون بالنظر إلى طبيعتها ، وعلى ضوء مختلف العناصر التى لابستها ، مهيئاً دون غيره للفصل فيها ، وكان الأصل هو اختصاص جهة القضاء العام بنظر المنازعات جميعها إلا ما استثنى منها بنص خاص ، وكان من المقرر أن انتفاء اختصاص المحاكم بالفصل فى المسائل التى تناولها اتفاق التحكيم ، مرده أن هذا الاتفاق يمنعها من نظرها ، فلا تكون لها ولاية بشأنها بعد أن حجبها عنها ذلك الاتفاق ، وكان النص التشريعى المطعون عليه - بالتحديد السالف بيانه - يفرض التحكيم قسراً فى العلاقة القانونية القائمة بين طرفين لا يعدو أن يكون أحدهما مصرفاً يقوم - وفقاً لقانون إنشائه - يجمع الأعمال المصرفية والمالية والتجارية وأعمال الاستثمار ، وثانيهما : من يتعاملون معه من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ، وكان هذا النوع من التحكيم منافياً للأصل فيه باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ، ولا يتصور إجراؤه تسلطاً أو إكراهاً ، فإن شأن التحكيم المقرر بالنص التشريعى المطعون فيه ، شأن كل تحكيم أقيم دون اتفاق ، أو بناء على اتفاق لا يستنهض ولاية التحكيم ، إذ لا يعدو التحكيم - فى هذه الصور جميعها - أن يكون حملاً عليه منعدماً وجوداً من زاوية دستورية ، فلا تتعلق به بالتالى ولاية الفصل فى الأنزعة ، أيا كان موضوعها ، بما مؤداه أن اختصاص هيئة التحكيم التى أحدثها النص المطعون عليه بنظر المنازعات التى أدخلها جبراً فى ولايتها ، يكون منتحلاً ومنطوياً بالضرورة على حرمان المتداعين من اللجوء - فى واقعة النزاع الماثل - إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعى ، فيقع - من ثم - مخالفاً لنص المادة ٦٨ من الدستور .

وحيث أن البين من المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ ، المشار اليه ، أن فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة ، وكذلك ما ورد بفقرتيها : السادسة والسابعة ، متعلقاً بهيئة التحكيم المنصوص عليها فى الفقرة الثانية - المطعون عليها - تكون فى مجموعها وحدة لا تقبل التجزئة ، إذ يستحيل عزل بعضها عن بعض ، ولا يتصور أن يكون لها وجود إذا حكم بعدم دستورية الفقرة الثانية المطعون عليها ، فإن ذلك الحكم يكون مستتبعاً لزوماً سقوط الفقرات المشار اليها جميعها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ ، بإنشاء بنك فيصل الإسلامى ، وبسقوط فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة ، وكذلك ما ورد بفقرتيها : السادسة والسابعة ، متعلقاً بهيئة التحكيم المنصوص عليها فى الفقرة الثانية ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماه .

(٢)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ١٤ يناير سنة ١٩٩٥ الموافق ١٣ شعبان سنة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور عبد المجيد فياض ومحمد على سيف الدين .

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٧ لسنة ١٤ قضائية « دستورية » .

الإجراءات

بتاريخ ٨ يونيو سنة ١٩٩٢ أودع المدعى قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة طالباً الحكم بعدم دستورية نصى المادة ٢١ من قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ والبند السادس من المادة الثانية من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ ، بشأن تحديد شروط واجراءات انتخاب ممثلى العمال فى مجالس إدارة وحدات القطاع العام والشركات المساهمة والجمعيات والمؤسسات الخاصة .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى . وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع -على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى - ويعمل مديراً عاما للمشتريات بالشركة المدعى عليها - كان قد تقدم للترشيح لعضوية مجلس إدارتها كممثل للعاملين بها ، إلا أن المدعى عليه الثالث رفض ذلك بمقولة أن هذا الترشيح محظور على شاغلى وظائف الإدارة العليا ، مما حمل المدعى على أن يقيم أمام محكمة دمنهور الابتدائية الدعوى رقم ١٤٩٣٠ لسنة ١٩٩١ ، مدنى كلى ، بطلب الحكم بأحقيته فى ذلك الترشيح ، وأثناء نظر هذا النزاع ، دفع بعدم دستورية نص البند ج من المادة ٢١ من قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، والبند السادس من المادة الثانية من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ ، وإذا قدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع ، فقد أجلت نظر الدعوى ، وصرحت للمدعى برفع الدعوى الدستورية ، فأقامها .

وحيث إن المادة ٢١ من قانون شركات قطاع الأعمال العام تنص على ما يأتى : « مع مراعاة احكام المادة (٤) من هذا القانون ، يتولى إدارة الشركة التى يملك رأس مالها بأكملة شركة قابضة بمفردها أو بالاشتراك مع

شركات قابضة أخرى أو أشخاص عامة أو بنوك القطاع العام ، مجلس إدارة يعين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ،......ويتكون مجلس الإدارة من عدد فردى من الأعضاء لايقل عن خمسة ولا يزيد عن تسعة بمن فيهم رئيس المجلس ، على النحو التالى ...(ج) عدد من الأعضاء مماثل لعدد الأعضاء ذو الخبرة ، يتم انتخابهم من العاملين بالشركة طبقا لأحكام القانون المنظم لذلك » . وتنص المادة رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٤: بشأن تحديد شروط وإجراءات انتخاب ممثلى العمال فى مجالس إدارة وحدات القطاع العام ، والشركات المساهمة والجمعيات والمؤسسات الخاصة ، على أنه « يشترط فيمن يرشح لعضوية مجلس الإدارة أن تتوافر فية عند الترشيح الشروط الآتية :

(٦) ألا يكون من شاغلى وظائف الإدارة العليا ..»

وحيث أن البين من كل من قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، والقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ المشار إليهما ، أن أولهما أحال إلى ثانيهما فى شأن تحديد الشروط التى يتعين توافرها فيمن ينتخب ممثلاً عن العاملين فى مجلس إدارة الوحدة الاقتصادية التى تتبع الشركة القابضة ، ومن بينها ألا يكون أحد من هؤلاء شاغلاً لوظيفة بالإدارة العليا ، متي كان ذلك ، وكان القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ معمولاً به عند نفاذ قانون شركات قطاع الأعمال ، وكانت اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادر ، بقراررئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٩٠ لسنة ١٩٩١ قد نصت – ترديداً من جانبها للأحكام ذاتها التى تضمنها ذلك القانون . على أن ينتخب العاملون فى الشركة من بينهم أعضاء غير متفرغين بمجلس الإدارة طبقاً للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ المشار إليه ، فإن الأحكام المحال إليها تندمج فى قانون شركات قطاع الأعمال العام ، وتشكل – بقدر إتصالها بالنزاع الموضوعى – النص التشريعى المطعون عليه بعدم الحرمان من الترشيح لعضوية مجلس إدارة الشركة التى يعمل بها ، إعمالاً للبند السادس من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ المحال إليه بمقتضى نص المادة ١٢ من قانون شركات قطاع الأعمال ، فإن الطعن بعدم الدستورية ينحصر فيما تضمنه هذا البند – مندمجاً فى قانون شركات قطاع الأعمال العام – حظر ترشيح شاغلى وظائف الإدارة العليا لعضوية مجلس إدارة شركة قطاع الأعمال العام .

وحيث أن الرقابة على الشرعية الدستورية تفترض دستوراً مدوناً جامداً تتصدر أحكامة القواعد القانونية الأدنى مرتبة منها وتعلوها ، ذلك إن الدستور – إذا كان تقدمياً – يمثل ضمانة رئيسية لإنقاذ الإرادة الشعبية فى توجهها نحو مثلها الأعلى ، وبوجه خاص فى مجال إرسائها نظاماً للحكم لا يقوم على التسلط على مقاليد الأمور انفراداً بها واحتكاراً لها ، بل يعمل على توزيع السلطة فى إطار ديمقراطى بين الأفرع المختلفة التى تباشرها بما يكفل توازنها وتبادل الرقابة فيما بينها ، وكان الأصل فى الدستور – بالنصوص التى يتضمنها–أن يكون ملتزماً إرادة الجماهير ،. معبراً عن طموحاتها ، مقرراً مسئولية القائمين بالعمل العام أمامها ، مبلوراً لطاقاتها وملكاتها، كاشفاً عن الضوابط والقيود التى تحول دون إقتحام الحدود التى تؤمن فعالية حقوقها وحرياتها ، رادعاً بالجزاء كل إخلال بها أو نكول عنها ، وكان الدستور فوق هذا يرعي مصالح الجماعة بما يصون مقوماتها ، ويكفل إنماء القيم التى ارتضتها ، بالغاً من خلال ضمانها ما يكون محققا للتضامن بين أفرادها ، نابذاً انغلاقها ، مقيماً حرية الابداع على دعائمها ، فقد غدا من المحتم أن تعامل الوثيقة الدستورية بوصفها تعبيراً عن آمال متجددة ينبض واقعها بالحياة ، لتعمل من أجل تطوير مظاهرها فى بيئة بذاتها ، متخذة من الخضوع للقانون إطاراً لها ، ولا مناص من الرجوع إليها تغليبا لأحكامها ، ولأن الشرعية الدستورية في نطاقها هي التى تكفل ارتكاز السلطة علي الإرادة العامة ، وتقوم

اعوجاجها بما يعزز الأسس التى تنهض بها الجماعة ، ويمهد الطريق لتقدمها .

وحيث إن الدستور حرص علي أن يفرض علي السلطتين التشريعية والتنفيذية من القيود ما ارتآه كفيلاً بصون الحقوق والحريات العامة ، علي اختلافها ، ليحول دون اقتحام إحداهما المنطقة التى يحميها الحق أو الحرية بما يعطل فعالية ممارستها . ولقد كان تطوير هذة الحقوق وتلك الحريات ، وإنمائها ، من خلال الجهود المتواصلة الساعية لإرساء مفاهيمها الدولية بين الأمم المتحضرة ، مطلباً أساسياً توكيداً لقيمتها الاجتماعية ، وتقديراً لدورها فى مجال إشباع المصالح الحيوية المرتبطة بها ، ولردع كل محاولة للعدوان عليها .

وحيث إن الدستور قد النص في المادة ٢٦ منه ، على أن يكون للعاملين فى المشروعات حق الاشتراك فى إدراتها ونصيب فى أربحاها ، وكان المشروع قد استعاض بقانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، عن قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ ، لتحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام ، والشركات التابعة محل الشركات التى كانت هذة الهيئات تباشر إشرافها عليها ، وكان القانون الأول قد خول مجلس إدارة الشركة التابعة - وفيما خلا ما يدخل من المسائل فى اختصاص الجمعيات العمومية السلطة العليا التى تهيمن بها على شئونها باعتبارها جهة الاختصاص بتصريفها ، وكذلك تقرير سياستها العامة ، وتحديد الوسائل اللازمة لتحقيقها ، وإدارة محفظة أوراقها المالية ، والقيام بكافة الأعمال اللازمة لتصحيح هيكلها التمويلية : الى غير ذلك مما يتصل بأغراضها ، وكان الدستور من خلال ضمان حق العاملين فى الأسهام فى إدارة الوحدة الاقتصادية التى ينتمون إليها ، قد كفل حقهم فى الاجتماع داخل مجلس إدارتها ، باعتباره تنظيماً يتبادلون فيه الآراء مع غيرهم من اعضاء المجلس حول مختلف شئونها ، بما فى ذلك تقييم ممارستها ، وانتقاد رؤسائهم وقياداتهم ، إرساء للديمقراطية ، وتثبيتاً لأسسها التى تكتمل دعائمها بغير حق الاقتراع ، تباشره القاعدة الأعرض من العاملين ، التى تمنح ثقتها لعدد من بينهم تراه أكثر تعبيراً عن مصالحها ، وأصلب عوداً فى الدفاع عنها ، إذا كان ماتقدم ، فإن الفصل في دستورية النص المطعون عليه ، يتحدد على ضوء أحكام المواد ٢٦ ، ٤٠ ، ٤٧ ، ٥٤ ، ٥٥ ، ٦٢ من الدستور ، ذلك أن الإخلال بأيها عدوان عليها ، واقتحام لمجالاتها الحيوية التى لا تقوم إلا بها .

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة ٢٦ من الدستور تنص على أن « للعاملين نصيب فى إدارة المشروعات وفى أرباحها ، ويلتزمون بتمنية الإنتاج وتنفيذ الخطة فى وحداتهم الإنتاجية وفقاً للقانون .... » ، كما تنص فقراتها الثانية على أن « يكون تمثيل العمال فى مجالس إدارة وحدات القطاع العام فى حدود خمسين فى المائة من عددأعضاء هذه المجالس .... » .

وحيث أن هيئة قضايا الدولة ذهبت الى القول بأن الفقرة الثانية من المادة ٢٦ المشار اليها تخصص بحكمها نص فقرتها الأولى ، وتورد قيداً عليها ، مؤداه أن العاملين فى الوحدة الاقتصادية لا يملكون جميعهم حق التمثيل فى مجلس إدارتها ، وانما يقتصر هذا الحق على فئة من بينهم هم الذين يصدق عليهم مصطلح « العمال » وهو أضيق نطاقاً من مصطلح « العاملين » ويقابل فى الوحدة الاقتصادية الإنتاجية موظفيها الإداريين .

وحيث أن هذا الدفاع

مردود أولا : بما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن الأصل فى عبارة النص هو أن تحمل على عمومها ما لم يقم دليل على تخصيصها ، فإذا خصص العام بغير دليل ، كان ذلك تأويلاً غير مقبول ، وكان عموم عبارة النص يفيد استغراقها لكل أفرادها ، واشتمالها بالتالى على المخطابين بها ، فلا تختص فئة

من بينهم بحكمها ، وكان عموم العبارة التى أفرغ الدستور فيها نص الفقرة الأولى من المادة ٢٦ منه ، مؤداه انصرافها إلى كل مشروع اقتصادى عام أياً كانت الأغراض التى يتواخاها ، وانسحابها الى من يعملون فيه دون تخصيص أياً كانت مواقعهم أو درجاتهم الوظيفية ، فإن هذه الفقرة تدل بخطابها على اتساعها لكل العاملين فى هذا المشروع ، يؤيد ذلك الدستور قابل الحقوق التى كلفها لهولاء العاملين ، بواجابتهم فى مجال الإسهام فى تنفيذ الخطة الاقتصادية والاجتماعية داخل وحداتهم الإنتاجية ، وتنمية الانتاج فيها ، وجميعها واجبات لا تنحصر مسئولية الاضطلاع بها فى فئة من العاملين دون أخرى .

ومردود ثانياً : بأن الأصل فى النصوص القانونية هو ألا تحمل على غير مقاصدها ، وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها أو يفصلها عن سياقها أو يعتبر تشويهاً لها ، ولو صح القول بأن الفقرة الأولى من المادة ٢٦ من الدستور مقصور حكمها على فئة من العاملين ، هم العمال الذين لا يشغلون فى وحداتهم وظيفة من وظائف الإدارة العليا ، حُرم من يتولون هذه الوظائف من نصيبهم فى الأرباح ، وهو ما لم يقل به أحد ، ولا يتصور أن يكون الدستور قد قصد إليه ، يؤيد ذلك أن استقراء القوانين المتعاقبة التى نظم بها المشروع شئون العاملين بالقطاع العام ، يدل على تعلقها بمن يعملون فى وحداته الاقتصادية ، دون تميز بين أوضاعهم الوظيفية .

ومردود ثالثاً : بأن الدستور قرر بالفقرة الأولى من المادة ٢٦ منه ، مبدأ عاماً كفل به للعاملين فى تلك المشروعات حقاً فى إدارتها وفى أرباحها ، ولا يتصور - وقد جرى هذا المبدأ على إطلاق لا تقييد فيه - أن تكون فقرتها الثانية قيداً عليه .

ومردود رابعاً : بأن الدستور ، إذ نص فى المواد ٨٦ ، ١٦٢ ،١٩٦ منه ، على أن يكون النصف على الأقل من الأعضاء المنتخبين فى مجلس الشعب ، أو فى المجالس الشعبية المحلية ، أو فى مجلس الشورى ، من العمال و الفلاحين ، فقد قصد بذلك أن يكفل لفئتين - قدر ضعفهما فى البنيان الاجتماعى - الحد الأدنى من الحقوق التى تصور ضرورتها لتأمين مصالحها فى المجالس ذات الصفة التمثيلية ، ومن ثم كان منطقياً أن يفوض الدستور المشرع فى بيان الشروط التى يحدد بها من يعتبر وفقاً لأحكامها عاملاً أو فلاحاً ، ولا كذلك نص المادة ٢٦ من الدستور التى خلت من تفويض المشرع فى شأن بيان نطاق تطبيقها ، بما مؤداه أن المقصود بالعاملين المشار اليهم فيها ، هؤلاء الذين يباشرون عملاً دائماً فى مشروع عام من خلال الوظيفة التى يشغلونها فيه ، وذلك أياً كانت طبيعة عملهم أو الأهمية التى بلغها ، يؤيد ذلك أن ما قصد اليه الدستور بنص المادة ٢٦ منه ، هو أن يكفل للعاملين فى وحداتهم الانتاجية دوراً ملحوظاً فى إدارتها ، مع الحصول على حصه فى أرباحها ، متوخياً بذلك حفزهم على تنمية إنتاجها ، ولا يتصور أن يكون استبعاد من يشغلون وظيفة بإدراتها العليا من مجال اعمال هذين الحقين أو أحدهما ، لازماً لاستيفاء التنمية لمتطلباتها .

ومردود خامساً : بأن العاملين فى وحداتهم الانتاجية يملكون جميعهم وفقاً للدستور حق الاقتراع لاختيار من يمثلونهم ويدافعون عن مصالحهم فى مجالس إدارتها ، ومن غير المفهوم أن يقف الدستور من حقهم فى الترشيح لهذه المجالس موقفاً مختلفاً بأن يمنعهم منه إذا كانوا شاغلين لوظيفة بعينها فى وحدتهم الإنتاجية ، حال أن المركز الأعلى لوظيفة بعينها منبت الصلة بالشروط الموضوعية التى يتطلبها التمثيل فى مجلس إدارتها .

ومردود سادساً : بأن كلمة « العمال » التى تضمنتها الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من الدستور قد وردت دون تحديد لمضمونها ، ولو كان الدستور قد قصد أن يكون معناها منصرفاً لغير العاملين المشار اليهم بفقرتها الأولى - لأحال - تعريفاً بها وتجلية لمحتواها - إلى أداة أدنى .

ومردود سابعا : بأن ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من الدستور من أن يكون تمثيل العمال فى مجالس إدارة وحدات القطاع العام فى حدود ٥٠ ٪ من عدد اعضاء هذه المجالس ، يفيد بالضرورة انصرافها إلى من يعملون فى شركات تملك الدولة رأس مالها بأكلمه أو غالبية اسهمها ، واذ كانت القوانين التى نظم المشرع أوضاع العاملين فيها ، لا تقيم - فى مجال علاقة العمل التى تربطهم بها - تمييزاً بين فئاتهم بل كان خطابها قاطعاً فى أن كل من يقوم بعمل دائم فيها لقاء أجر ، يعد عاملاً بها ولو تدرج فى مناصبها إلي أعلاها ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من الدستور يتعين حملها على فقرتها الأولى - فى مجال كفالتها لحق العاملين فى الإسهام فى إدارة الوحدة الاقتصادية - باعتبارهما مترابطتين .

وحيث أن ضمان الدستور - بنص المادة ٤٧ منه - لحرية التعبير عن الآراء والتمكين من عرضها ونشرها ، سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتدوينها وغير ذلك من وسائل التعبير ، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التى لا يتم الحوار المفتوح إلا فى نطاقها ، وبدونها تفقد حرية الاجتماع مغزاها ، ولا تكون لها من فائدة ، وبها يكون الأفراد أحراراً لا يتهيبون موقفاً ، ولا يترددون وجلاً ، ولا ينتصفون لغير الحق طريقاً .

وحيث أن ما توخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير ، هو أن يكون التماس الآراء والأفكار ، وتلقيها عن الغير ونقلها اليه ، غير مقيد بالحدود الإقليمية على اختلافها ولا منحصر فى مصادر بذواتها تعد من قنواتها ، بل قصد أن تترامى آفاقها وأن تتعدد مواردها وأدواتها ، وأن تنفتح مسالكها ، وتفيض منابعها (Marketplace of ideas) (free trade in ideas) لا يحول دون ذلك قيد يكون عاصفاً بها ، مقتحماً دوربها ، ذلك أن لحرية التعبير أهدافاً لا تريم عنها ، ولا يتصور أن تسعى لسواها ، هى أن يظهر من خلالها ضوء الحقيقة جلياً ، فلا يداخل الباطل بعض عناصرها ، ولا يعتريها بهتان ينال من محتواها ، ولا يتصور أن يتم ذلك إلا من خلال اتصال الآراء وتفاعلها ومقابلتها ببعض ، وقوفاً على ما يكون منها زائفاً أو صائباً ، منطوياً على مخاطر واضحة ، أو محققاً لمصلحة مبتغاة ولازم ذلك أن الدستور لا يرمى من وراء ضمان حرية التعبير ، أن تكون مدخلاً إلى توافق عام ، بل تغيا بضمانها ، أن يكون كافلاً لتعدد الآراء Plurality of opinions وإرسائها على قاعدة من حيدة المعلومات Neutrality of information ليكون ضوء الحقيقة مناراً لكل عمل ، ومحدداً لكل اتجاه .

وحيث أن الدستور ، بعد أن أرسى القاعدة العامة التى تقوم عليها حرية التعبير بنص المادة ٤٧ ، حرص على أن يزاوجها ويكملها بإحدى صورها الأكثر أهمية والأبلغ أثراً فكفل للصحافة حريتها كأصل عام ليحول دون التدخل فى شئونها من خلال القيود التى ترهق رسالتها ، أو تعطل خدماتها فى بناء مجتمعاتها وتطويرها ، وليؤمن من خلالها أفضل الفرص التى تكفل تدفق الأنباء والآراء والأفكار ونقلها إلى القطاع الأعراض من الجماهير ، وبوجه خاص بنشر كل مطبوع يكون من أدواتها Vehicle of information and opinion ولئن كان الدستور قد أجاز فرض رقابة محدودة عليها ، فذلك فى الأحوال الاستثنائية ، ولمواجهة تلك المخاطر الداهمة التى حددتها المادة ٤٨ من الدستور .

وقد عزز الدستور حرية التعبير ، بتلك التى يقتضيها إجراء البحوث العلمية وإنمائها على تباين مناهجها وأنماطها ، باعتبار أن هذه البحوث وإن كان أصلها جهداً فردياً ، إلا أن قيمتها لا تكمن فى إطرائها ، ولكن فيما يمكن أن يكون انتقاداً لنتائجها ، وتصويباً لأخطائها ، ثم قرن الدستور هاتين الحريتين بالابداع : فنياً وأدبياً وثقافياً ، توكيداً لقيم الحق والخير والجمال ، ودون اخلال بوسائل تشجيعها وأكمل حلقاتها حين خول كل فرد بنص المادة ٦٣ أن يتقدم بظلاماته إلى السلطة العامة التي يكون بيدها رد ما

وقع عليه من الاعمال الجائرة والتعويض عن آثارها ، على أساس من الحق والعدل .

وحيث ان حرية التعبير التى تؤمنها المادة ٤٧ من الدستور ، أبلغ ما تكون أثراً فى مجال اتصالها بالشئون العامة ، وعرض أوضاعها تبياناً لنواحى التقصير فيها ، وتقويماً لاعوجاجها ، وكان حق الفرد فى التعبير عن الآراء التى يريد إعلانها ، ليس معلقاً على صحتها ، ولا مرتبطاً بتمشيها مع الاتجاه العام فى بيئة بذاتها ، ولا بالفائدة العملية التى يمكن أن تنتجها ، وإنما أراد الدستور بضمان حرية التعبير أن تهيمن مفاهيمها على مظاهر الحياة فى أعماق منابتها ، بما يحول بين السلطة العامة وفرض وصايتها على العقل العام Public mind فلا تكون معاييرها مرجعاً لتقييم الآراء التى تتصل بتكوينه ، ولا عائقاً دون تدفقها .

وحيث أن من المقرر كذلك أن حرية التعبير ، وتفاعل الآراء التى تتولد عنها ، لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها ، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها ، أو من ناحية العقوبة اللاحقة التى تتوخى قمعها ، بل يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها - وعلانية - وتلك الأفكار التى تجول فى عقولهم ، فلا يتهامسون بها نجياً ، بل يطرحونها عزماً - ولو عارضتها السلطة العامة - إحداثاً من جانبهم - وبالوسائل السلمية - لتغيير قد يكون مطلوباً فالحقائق لا يجوز إخفاؤها ، ومن غير المتصور أن يكون النفاذ إليها ممكناً فى غيبة حرية التعبير ، كذلك فإن الذين يعتصمون بنص المادة ٤٧ من الدستور ، لا يملكون مجرد الدفاع عن القضايا التى يؤمنون بها ، بل كذلك اختيار الوسائل التى يقدرون مناسبتها وفعاليتها سواء فى مجال عرضها أو نشرها ، ولو كان بوسعهم إحلال غيرها من البدائل لترويجها ، ولعل أكثر ما يهدد حرية التعبير أن يكون الإيمان بها شكلياً أو سلبياً ، بل يتعين أن يكون الإصرار عليها قبولاً بتبعاتها ، والا يكون حوار القوة مدخلاً إليها Enforced silence ذلك أن عدوان الدولة عليها بما يعطلها أو يقلصها يولد الفزع منها ، ولن يثير بطشها إلا الاعراض عنها ، واقتحامها لها ، يباعد بينها وبين المواطنين وقد يُغريهم بعصيانها ولا يعدو أن يكون إهداراً لسلطان العقل وتغييباً ليقظة الضمير .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، تعين القول بان حرية التعبير التى كفلها الدستور هى القاعدة فى كل تنظيم ديموقراطى ، لا يقوم إلا بها ، ذلك أن أهم ما يميز الوثيقة الدستورية ويحدد ملامحها الرئيسية ، هو أن الحكومة خاضعة لمواطنيها ولا يفرضها إلا الناخبون . وكلما أعاق القائمون بالعمل العام أبعاد هذه الحرية ، كان ذلك من جانبهم هدماً للديمقراطية فى محتواها المقرر دستورياً ، وإنكاراً لحقيقة أن حرية التعبير لا يجوز فصلها عن أدواتها ، وأن وسائل مباشرتها يجب أن ترتبط بغاياتها ، فلا يعطل مضمونها أحد ولا يناقض الاغراض المقصودة من إرسائها .

وما الحق فى الرقابة الشعبية النابعة من يقظة المواطنين المعنيين بالشئون العامة ، الحريصين على متابعة جوانبها ، وتقرير موقفهم من سلبياتها ، إلا فرعاً من حرية التعبير ، ونتاجاً لها .

وحيث أن الحق فى التجمع - بما يقوم عليه من انضمام عدد من الاشخاص إلى بعضهم لتبادل وجهات النظر فى شأن المسائل التى تعنيهم - من الحقوق التى كفلتها المادتان ٥٤ ، ٥٥ من الدستور ، وذلك سواء نظرنا إليه باعتباره حقاً مستقلاً عن غيره من الحقوق ، أم على تقدير أن حرية التعبير تشتمل عليه باعتباره كافلاً لأهم قنواتها ، محققاً من خلالها أهدافها .

وحيث أن هذا الحق - وسواء أكان حقاً أصيلاً أم تابعاً - أكثر ما يكون اتصالاً بحرية عرض الآراء وتداولها ، كلما أقام اشخاص يؤيدون موقفاً أو اتجاهاً معيناً ، تجمعاً منظماً Ordered assemblage يحتويهم ويوظفون فيه خبراتهم ويطرحون آمالهم ويعرضون فيه

كذلك لمصاعبهم ويتناولون بالحوار ما يؤرقهم ، ليكون هذا التجمع نافذة يطلون منها على ما يعتمل فى نفوسهم ، وصورة حية لشكل من اشكال التفكير الجماعى Collective thinking ، وكان تكوين بنيان كل تجمع - وسواء أكان الغرض منه سياسياً أو نقابياً أم مهنياً - لا يعدو أن يكون عملاً اختيارياً لا يساق الداخلون فيه سوقاً ، ولا يمنعون من الخروج منه قهراً ، وهو فى محتواه لا يتمحض عن مجرد الاجتماع بين اشخاص متباعدين ينعزلون عن بعضهم البعض ، بل يرمى - بالوسائل السلمية ، إلى أن يكون إطاراً يضمهم ، ويعبرون فيه عن مواقفهم وتوجهاتهم ، ومن ثم كان هذا الحق متداخلاً مع حرية التعبير ، ومكوناً لأحد عناصر الحرية الشخصية التى لا يجوز تقييدها بغير اتباع الوسائل الموضوعية والاجرائية التى يتطلبها الدستور أو يكلفها القانون ، واقعاً عند البعض فى نطاق الحدود التى يفرضها صون خواص حياتهم واعماق حرمتها ، بما يحول دون اقتحام أغوارها أو تعقبها لغير مصلحة جوهرية لها بعينها ، لازماً اقتضاء ولو لم يرد بشأنه نص فى الدستور ، كافلاً للحقوق التى أحصاها ضماناتها ، محققاً فعالياتها ، سابقاً على وجود الدساتير ذاتها ، مرتبطاً بالمدنية فى مختلف مراحل تطورها ، كامناً فى النفس البشرية تدعو اليه فطرتها ، وهو فوق هذا من الحقوق التى لا يجوز النزول عنها .

بل أن حرية التعبير ذاتها تفقد قيمتها إذا جحد المشرع حق من يلوذون بها فى الاجتماع المنظم ، وحجب بذلك تبادل الآراء فى دائرة أعرض ، بما يحول دون تفاعلها وتصحيح بعضها لبعض ، ويعطل تدفق الحقائق التى تتصل باتخاذ القرار ، ويعوق انسياب روافد تشكيل الشخصية الإنسانية التى لا يمكن تنميتها إلا فى شكل من اشكال الاجتماع ، باعتبار أن الانعزال عن الآخرين يؤول إلى تمسك كل فرد بوجهة نظره مهما كان ضيق أفقها namowness أو عمقها أو تحيزها one-sidedness .

كذلك فان هدم حرية الاجتماع انما يقوض الأسس التى لا يقوم بدونها نظام للحكم يكون مستنداً إلى الارادة الشعبية . ولا تكون الديمقراطية فيه بديلاً مؤقتاً أو اجماعاً زائفاً أو تصالحاً مرحلياً لتهدئة الخواطر ، بل شكلاً مثالياً لتنظيم العمل الحكومى وإرساء قواعده ولازم ذلك امتناع تقييد حرية الاجتماع إلا وفق القانون ، وفى الحدود التى تتسامح فيها النظم الديمقراطية ، وترتضيها القيم التى تدعو اليها .

وحيث أن من المقرر - كذلك - أن حق المرشحين فى الفوز بعضوية المجالس التى كفل الدستور أو المشرع صفتها التمثيلية ، لا ينفصل عن حق الناخبين فى الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يثقون فيه من بينهم ، ذلك أن هذين الحقين مرتبطان ، ويتبادلان التأثير فيما بينهما ، ولا يجوز بالتالى أن تفرض على مباشرة أيهما تلك القيود التى لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها integrity and reliability of the electoral proeess ، أو بما يكون كافلاً إنصافها وتدفق الحقائق الموضوعية المتعلقة بها ، بل يجب أن تتوافر لها بوجه عام أسس ضبطها ، بما يصون حيدتها ، ويحقق الفرص المتكافئة بين المتزاحمين عليها .

ومن ثم تقع هذه القيود فى حمأة المخالفة الدستورية ، إذا كان مضمونها وهدفها مجرد حرمان فئة من العاملين فى الوحدة الاقتصادية - ودون أسس موضوعية - من فرص الترشيح لعضوية مجلس ادارتها ذلك أن أثرها هو إبعاد هؤلاء عن العملية الانتخابية بأكملها وبصورة نهائية وحجبهم بالتالى عن الإسهام فيها ، بما مؤداه احتكار غرمائهم لها ، وسيطرتهم عليها ، دون منازع ، وانهاء حق المبعدين عنها فى إدارة الحوار حول برامجهم وتوجهاتهم ، وهو ما يقلص من دائرة الاختيار التى يتيحها المشرع للناخبين ، وبوجه خاص كلما كان المبعدون أدني إلى ثقتهم ، وأجدر بالدفاع عن حقوقهم .

بل أن القيم العليا لحرية التعبير - بما تقوم عليه من تنوع الآراء وتدفقها وتزاحمها ينافيها ألا يكون الحوار المتصل بها فاعلاً ومفتوحاً ، بل مقصوراً على فئة بذاتها من العاملين فى الوحدة الاقتصادية ، أو منحصراً فى مسائل بذواتها لا يتعداها .

كذلك فان حق الناخبين فى الاجتماع مؤداه ، ألا تكون الحملة الانتخابية - التى تعتبر قاعدة لتجمعاتهم وإطاراً يحددون من خلالها أولوياتهم - محدودة آفاقها بما تفضى إليه من تضاؤل فرصهم التى يفاضلون من خلالها بين عدد أكبر من المرشحين ، وانتقاء من يكون من بينهم شريكاً معهم فى أهدافهم like-minded citizens قادراً على النضال من أجل تحقيقها .

وحيث أن من المقرر أن حق تنظيم العملية الانتخابية ، سواء من حيث زمنها أو مكان إجرائها أو كيفية مباشرتها The time , place and manner of elections لا يجوز أن ينال من الحقوق التى ربطها الدستور بها بما يعطل جوهرها .

كذلك لا يجوز التذرع بتنظيمها لتأمين مصالح جانبية محدودة أهميتها ، ولا التدخل بالقيود التى يفرضها المشرع عليها للحد من حرية التعبير - وهى قاعدة التنظيم الانتخابى ومحوره - ذلك أن غايتها أن توفر لهيئة الناخبين الحقائق التى تعينها على تحديد موقفها من المرشحين الذين يريدون الظفر بثقتها ، من خلال تعريفها بأحقهم فى الدفاع عن مطالبها ، بمراعاة ملكاتهم وقدراته ، لتكون مفاضلتها بينهم على أسس موضوعية لها ما يظاهرها ، ووفق قناعتها بموقفهم من قضاياها ، ومن المسائل التى يدور حولها الجدل .

وحيث أن النص المطعون عليه - بما حدده من شروط يتعين توافرها فيمن يرشح لعضوية مجلس إدارة الوحدة الاقتصادية - قد اعاق فئة بذاتها من العاملين - هم الشاغلون لوظيفة بإدارتها العليا - من نشر الأفكار والآراء التي يؤمنون بها والدفاع عن توجهاتهم ، ونقل رسالتهم هذه إلى هيئة الناخبين التى لا يجوز فرض الوصاية عليها ولا تعريضها لتأثير يؤول إلى تفككها أو اضطرابها أو بعثرة تكتلاتها ، ولا أن تعاق قنواتها إلي الحقائق التى تريد النفاذ اليها ، ولا أن يحرم افرادها أو فئة من بينهم - لها توجهها الخاص - من أن تكون تجمعاتهم طريقاً إلى بلورة أفكارهم وتحديد مطالبهم ، إنفاذاً لإرادتهم من خلال أصواتهم التى لا يجوز تقييد فرص الإدلاء بها دون مقتض ، متى كان ذلك ، وكان من المقرر أن اتساع قاعدة الاختيار فيما بين المرشحين ، ضمانة اساسية توفر لهيئة الناخبين ظروفاً أفضل تمنح من خلالها ثقتها لعناصر من بينهم ، تكون عندها أجدر بالدفاع عن مصالحها ، فإن قاعدة الاختيار هذه - إذا ما حد المشرع من نطاقها وضيق من دائرتها-تؤثر مآلاً فى حق الاقتراع وتنال من فاعليتها .

وحيث أن الدساتير المصرية جميعها بدءاً بدستور سنة ١٩٢٣ ، وانتهاء بالدستور القائم ، رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون de jure ، وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعى ، وعلى تقدير أن الغاية التى يستهدفها تتمثل أصلاً فى صون حقوق المواطنين وحرياتهم فى مواجهة صور التمييز التى تنال منها أو تقيد ممارستها ، وأضحى هذا المبدأ - فى جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التى لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها فى الدستور ، بل يمتد مجال إعمالها كذلك ، إلى تلك التى كفلها المشرع للمواطنين فى حدود سلطته التقديرية ، وعلى ضوء ما يرتئيه محققاً للمصلحة العامة .

ولئن نص الدستور فى المادة ٤٠ منه على حظر التمييز بين المواطنين فى أحوال بعينها ، وهى تلك التى يقوم التمييز فيها على أساس الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، إلا أن ايراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز محظوراً فيها ، مرده أنها الأكثر شيوعاً فى الحياة العملية ، ولا يدل البتة على انحصاره فيها ،

إذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً ، وهو ما يناقض المساواة التى كفلها الدستور ، ويحول دون إرساء أسسها ، وبلوغ غايتها .

وآية ذلك أن من صور التمييز التى أغفلتها المادة ٤٠ من الدستور ، مالا يقل عن غيرها خطراً ، سواء من ناحية محتواها أو من جهة الآثار التي ترتبها ، كالتمييز بين المواطنين فى نطاق الحقوق التى يتمتعون بها ، أو الحريات التي يمارسونها ، لاعتبار مرده إلى مولدهم ، أو مركزهم الاجتماعى ، أو انتمائهم الطبقى ، أو ميولهم الحزبية ، أو نزعاتهم العرقية ، أو عصبيتهم القبلية ، أو إلى موقفهم من السلطة العامة ، أو إعراضهم عن تنظيماتها ، أو تبنيهم لأعمال بذاتها ، وغير ذلك من أشكال التمييز التى لا تظاهرها أسس موضوعية تقييمها ، وكان من المقرر أن صور التمييز المجافية للدستور وأن تعذر حصرها ، الا ان قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق أو الحريات التى كفلها الدستور أو القانون ، وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين للانتفاع بها ، وبوجه خاص على صعيد الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية ، وغير ذلك من مظاهر الحياة العامة ، متى كان ذلك ، وكان النص المطعون عليه قد استبعد شاغلى وظائف الإدارة العليا بالوحدات الاقتصادية من فرص الترشيح التى كفلها لغيرهم من العاملين بها ، رغم تماثلهم جميعاً فى مراكزهم القانونية ، ودون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية يقتضيها التمثيل فى مجالس إدارتها ، فان هذا التمييز يكون تحكمياً ومنهياً عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، وكان النص المطعون عليه - بالصيغة التى أفرغها المشرع فيه - يناقض المادة ٢٦ من الدستور ، ويخل كذلك بالحقوق التى كفلها فى مجال حرية التعبير وحق الاجتماع وحق الاقتراع المنصوص عليها فى المواد ٤٧ ، ٥٤ ، ٥٥ ، ٦٢ منه ، وينتهك - فوق هذا - مبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه فى المادة ٤٠ فان الحكم بعدم دستوريته يكون متعيناً .

فلهذه الاسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص البند السادس من المادة الثانية من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ ، فيما تضمنه من حظر ترشيح شاغلى وظائف الادارة العليا لعضوية مجالس إدارة شركات قطاع الأعمال العام التابعة ، والزمت الحكومة المصروفات ، ومبلغ مائة جنيه مقابل اتعاب المحاماة .

(٣)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٤ فبراير سنة ١٩٩٥ الموافق ٤ رمضان سنة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير والدكتور عبد المجيد فياض ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٧ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » .

المقامة من

السيد / إبراهيم عمر أمين عليوة

ضـــد

السيد/ رئيس الجمهورية

السيد / رئيس مجلس الوزراء

السيد المستشار / وزير العدل

السيدة / ميرفت فتحى عبد الغنى

الإجراءات

بتاريخ ١٧ يوليه ١٩٩٣ أودع المدعى قلم كتاب المحكمة صحيفة هذه الدعوى طالباً الحكم بعدم دستورية المادتين ٢٨٠ و٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم بعدم قبول الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوي وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الأخيرة كانت قد اقامت ضد مطلقها - المدعى فى الدعوى الماثلة - الدعوى رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٩٢ أمام محكمة الزيتون الجزئية للأحوال الشخصية طالبة الحكم عليه بدفع متجمد نفقة أولاده عن المدة من ١٩٩١/٢/١ حتى ١٩٩٢/١٢/١ ومقدارها ٣٤٥٠ جنيها ، وحبسه عند الامتناع عملاً بالمادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وبجلسة ١٩ مايو سنة ١٩٩٣ دفع المدعى عليه بعدم دستورية المادتين ٢٨٠ و٣٤٧ من اللائحة المشار اليها ، فقررت المحكمة تأجيل نظر الدعوي إلى جلسة ٢١ يوليه سنة ١٩٩٣ ليقدم المدعى عليه ما يفيد إقامته الدعوى الدستورية ، فأقام الدعوى الماثلة ، غير أن محكمة الموضوع قررت حجز الدعوى للحكم ، ثم صدر حكمها فيها قاضياً .

اولاً: برفض الدفع بعدم الدستورية .

ثانياً: بحبس المدعى عليه ثلاثين يوماً نظير امتناعه عن سداد مبلغ ثلاثة آلاف جنيه قيمة باقى المستحق للمدعية كنفقة للصغيرين حسام الدين وجهاد إبراهيم عمر عن المدة من ١٩٩١/٢/١ حتى ١٩٩٢/١٢/١ .

وحيث أن الأصل - على ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العيا - انه متى أقيمت الدعوى الدستورية أمامها ، دخلت هذه الدعوى فى حوزتها لتهيمن عليها وحدها ، ولا يجوز بالتالى لمحكمة الموضوع أن تنقض قرارها الصادر بإحالة مسألة دستورية اليها أو تنحى الدفع الفرعى المثار أمامها بعد تقديرها لجديته ، بل يجب عليها أن تتربص قضاء المحكمة الدستورية العيا فى المخالفة الدستورية المدعى بها باعتباره فاصلاً فيها ، كاشفاً عن صحتها أو بطلانها . ملزماً محكمة الموضوع بإعمال أثره في النزاع المعروض عليها ، ولا استثناء من هذه القاعدة إلا فى الأحوال التى تقرر فيها المحكمة الدستورية العليا انتفاء مصلحة المدعى فى الدعوي الدستورية المطروحة عليها أو التى يقيم خصم أمامها الدليل على تخليه عن دعواه الموضوعية وفقاً لقواعد ترك الخصومة المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، أو التى يثبت فيها أمامها نزوله عن دفع بعدم الدستورية كان قد ابداه ، أو التى تنحى فيها محكمة الموضوع دفعاً فرعياً بعدم دستورية نص تشريعى - بعد تقديرها لجديته -

إعمالاً من جانبها لقضاء صادر عن المحكمة الدستورية العليا بصحة أو بطلان هذا النص ذاته .

وحيث أن المدعى ينعى على المادتين ٢٨٠ و٣٤٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها ، أن ما أوجبته :

أولاهما : من صدور الاحكام طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة دون سواه وما نصت عليه .

ثانيهما : من جواز حبس الأب لعدم وفائه بنفقة أولاده ، انما يقع مخالفاً لنص المادة الثانية من الدستور التى تلزم السلطة التشريعية بالتقيد بمبادىء الشريعة الإسلامية فيما تقرره من القواعد القانونية ، ويخل كذلك بنص المادة التاسعة من الدستور التى تقضى بأن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والاخلاق والوطنية.

وحيث أن المادة ٢٨٠ من اللائحة المشار اليها تنص على أن تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فيجب فيها أن تصدر تلك الأحكام طبقاً لتلك القواعد ، كما تنص المادة ٣٤٧ على أنه إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن ، يرفع ذلك إلي المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل ، حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً .

وحيث أن موضوع هذا الطعن برمته سبق أن عرض على المحكمة العليا التى أصدرت فيه حكمين :

أولهما : برفض الدعوى رقم ١ لسنة ٥ قضائية عليا « دستورية » .

وثانيهما : برفض الدعوى رقم ١٠ لسنة ٥ قضائية عليا « دستورية » وقد نشر هذان الحكمان فى الجريدة الرسمية .

أولهما : فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٧٤ .

وثانيهما : فى ٢٩ يوليو ١٩٧٦ .

وحيث أن البين من هذين الحكمين أنهما انتهيا إلى رفض الدعوى الدستورية .

وحيث أن الحكم الأول اقام قضائه برفض المناعى الموجهة إلى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن المدين الموسر المماطل ، يعد ظالماً يجوز ردعه وزجره كى لا يظل متمادياً فى ظلمه ، وأن ذلك هو ما تظاهره السنة النبوية الشريفة ، وانعقد عليه اجماع المسلمين وأئمتهم ، وأقيم الحكم الثانى على نظر حاصله أن المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تغلق باب الاجتهاد ، بل إنها تنص على وجوب اصدار الأحكام - فيما لا يرد فيه نص وضعى - وفقاً لأرجح الاقوال من مذهب أبى حنيفة وليس من شأن هذه المادة منع المشرع من أن يستلهم من المذاهب الأربعة ومن غيرها ما يراه ملائماً لزمانه وبيئته باعتبار أن السياسة التشريعية تقتضى من المشرع أن يفتح باب الرحمة من الشريعة نفسها ، وأن يرجع إلى آراء العلماء لمعالجة الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس بان فى الشريعة مخرجاً من الضيق ، هذا فضلاً عن أن تخير المشرع مذهباً دون مذهب أو أرجح الأقوال فى مذهب من مذاهب ، وألزام القضاء التقيد به هو من المسائل التى يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقاً لما يراه ملائماً لظروف المجتمع .

وحيث أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، إذا نصت على أن تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين ، وكانت المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ تقضى بأن ينشر فى الجريدة الرسمية منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ، وتكون هذه

الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، فان هاتين المادتين تكونان قد قطعتا بان الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية لا يقتصر أثرها على من كان طرفاً فيها من الخصوم ، بل ينصرف هذا الاثر كذلك إلى الناس أجمعين وإلى الدولة بمختلف تنظيماتها ، بما فى ذلك جهات القضاء على تشعبها ، وذلك سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص المطعون عليه ومن ثم بطلانه وزوال الآثار التى أنتجها ، أم إلى دستوريته وبالتالى براءته من العيوب الدستورية جميعها وبقائه نافذاً فى الصورة التى أفرغها المشرع فيه ، ذلك أن الخصومة فى الدعاوى الدستورية - وهى عينية بطبيعتها - تنصب على النصوص التشريعية ذاتها تحرياً لموافقتها أو مخالفتها للدستور هذا فضلاً عن أن الرقابة القضائية على دستورية النصوص التشريعية التى انفردت بها المحكمة العليا ، هى رقابة شاملة قوامها هذه النصوص ذاتها أيا كانت الجهة التى أقرتها أو اصدرتها ، ويمتد نطاقها إلى تجريدها من قوة نفاذها إذا ما قضى بعدم دستوريتها ، أو إلى تقرير صحتها وانتفاء موجبات إبطالها ، فلا يعرقل سريانها فى موجهة المخاطبين بها عائق .

وحيث انه متى كان ما تقدم ، وكان قضاء المحكمة العليا قد خلص إلى دستورية نص المادتين ٢٨٠ و٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وكان قضاؤه هذا ملزماً للكافة ولجهات القضاء جميعها ، وكانت محكمة الموضوع بعد أن قدرت - فى النزاع الماثل - جدية الدفع بعدم دستورية هاتين المادتين ، عادت إلى نظر الموضوع المعروض عليها وقضى حكمها بحبس المدعى فى هذا النزاع إنفاذاً لنص المادة ٣٤٧ المشار إليها ، فان حكمها هذا لا يعدو أن يكون إلتزاماً من جانبها بقضاء المحكمة العليا وإعمالاً لاثره فى النزاع الموضوعى المعروض عليها ، وهو ما يدخل فى اختصاصها ، بما مؤداه انتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على هاتين المادتين بعدم الدستورية .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

(٤)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٤ فبراير سنة ١٩٩٥م الموافق ٤ رمضان سنة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين ومحمد ولى الدين جلال وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف ومحمد على سيف الدين .

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٣١ لسنة ١٥ قضائية « دستورية ».

المقامة من :

١ - السيد / عبد العزيز عبد العاطى اسماعيل

٢ - السيدة / حكمت عبد العاطى اسماعيل

٣ - السيدة / درية عبد العاطى اسماعيل

٤ - السيد / محمد عبد اللطيف

٥ - السيد / محمد أحمد المجرى

٦ - السيد / محمد هشام على شعبان

ضـــد

١ - السيد / رئيس الجمهورية

٢ - السيد / رئيس الوزراء

٣ - السيد / رئيس مجلس الشعب

٤ - السيد / وزير العدل

٥ - السيد / ماهر يوسف قايد

٦ - السيد / محمد ماهر يوسف قايد

٧ - السيدة / حنان ماهر يوسف قايد

الإجراءات

بتاريخ العاشر من اكتوبر سنة ١٩٩٤ أودع المدعون صحيفة هذه الدعوي قلم كتاب المحكمة بطلب الحكم بعدم دستورية نص المادة ٨٤١ من القانون المدنى وذلك فيما تضمنته من بيع المال الشائع جبراً فى حالة عدم إمكان قسمته عيناً .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم بعدم قبول الدعوى أو برفضها .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليهم الخامس والسادس والسابع كانوا قد أقاموا - ضد المدعين - الدعوى رقم ٧٩٧ لسنة ١٩٩٢ مدنى الفشن بطلب الحكم بفرز وتجنيب حصتهم فى العقار الموضح الحدود والمعالم والمساحة بصحيفة تلك الدعوى وتسليمها اليهم مفرزة محددة ، وبجلسة ١٩٩٣/٦/٢٨ دفع المدعون بعدم دستورية النص القاضى ببيع ملك غير طالب القسمة جبراً ، واذ قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع فقد اجلت نظر الدعوى لجلسة ١٩٩٣/١٠/٢٥ وصرحت للمدعين بالطعن بعدم الدستورية على ذلك النص ، وتقديم ما يفيد ذلك قبل تلك الجلسة ، فأقام المدعون الدعوى الماثلة .

وحيث أن البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ يقضى بأنه إذا دفع أحد الخصوم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، ورأت المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى التى أبدى الدفع أمامها أنه دفع جدى ، أجلت نظر الدعوى ، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا ، وكانت مهلة الثلاثة أشهر المنصوص عليها فى هذا البند غايتها النزول بكل ميعاد يزيد عليها إلى مالا يجاوزها باعتبارها حداً زمنياً نهائياً تقرر بقاعدة آمرة ، فلا يجوز لمحكمة الموضوع أن تتعداه ، فإن هى فعلت ما كان للخصم أن يقيم دعواه الدستورية بعد فواتها . ذلك أن قانون هذه المحكمة لا يطرح خيارين يفاضل بينهما المدعى في الدعوى الدستورية :

أحدهما : الميعاد الذى حددته محكمة الموضوع لرفعها .

وثانيهما : المهلة الزمنية النهائية التى لا يجوز لها أن تتخطاها فى تحديدها لهذا الميعاد .

إنما هو ميعاد واحد يتعين أن يتقيد به المدعى فى الدعوى الدستورية ، وهو ذلك الذى عينته محكمة الموضوع لإقامتها بما لا يجاوز عدة الثلاثة أشهر المشار إليها ، يؤيد حتمية هذا الميعاد أن فواته مؤداه اعتبار الدفع بعدم الدستورية كأن لم يكن ، وامتناع قبول الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا لعدم اتصالها بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها بما يحول دون مضيها فى نظرها .

وحيث انه متى كان ماتقدم ، وكانت محكمة الموضوع بجلستها المعقودة فى ١٩٩٣/٦/٢٨ قد صرحت للمدعين - بعد تقديرها لجدية دفعهم - برفع الدعوى الدستورية ، وكلفتهم بتقديم ما يدل على ذلك قبل جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٥ التى حددتها لنظر دعوى الموضوع وكان المدعون لم يودعوا صحيفة الدعوى الماثلة خلال الميعاد المقرر قانوناً لرفعها ، وغايته ثلاثة أشهر - على التفصيل السالف إيراده - وأضحى دفعهم بعدم الدستورية كأن لم يكن بما يحول بين المحكمة الدستورية العليا ومضيها فى نظر الدعوى الماثلة ، فإن الحكم بعدم قبولها يكون متعيناً .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى ، وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعين المصروفات ومبلغ مائة جنية مقابل اتعاب المحاماة .

(٥)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٤ فبراير سنة ١٩٩٥م الموافق ٤ رمضان سنة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير والدكتور عبد المجيد فياض ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٣٩ لسنة ١٥ قضائية « دستورية ».

المقامة من :

١ - السيد / محمد عامر حمدى الكاشف

٢ - السيد / محسن عامر حمدى الكاشف

٣ - السيدة / محاسن عامر حمدى الكاشف

ضــد

١ - السيد / رئيس الوزراء

٢ - السيدة / سنية ناصر عقيل زعيتر

الإجراءات

بتاريخ ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٩٣ أودع المدعون صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالبين الحكم بعدم دستورية نص المادة السابعة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم برفض الدعوى

وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

وقد نظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الثانية أقامت الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٣ أمام محكمة العريش الجزئية للأحوال الشخصية « نفس » بطلب إشهاد وضبط وفاة زوجها مع تحديد نصيب كل وارث ، قولاً منها بأنها كانت زوجة للمرحوم / عامر حمدى عمر الكاشف بموجب عقد شرعى والذى توفى بتاريخ ٢٨ فبراير ١٩٩٢ خلال فترة عدتها إثر تطليقها منه طلاقاً رجعياً . وبتاريخ ٢٧ يوليو سنة ١٩٩٣ قضت تلك المحكمة فى الدعوى المذكورة بتعديل الإعلام الشرعى الصادر فى المادة ٥٢ لسنة ١٩٩٣ وراثات العريش ، ليكون بتحقق وفاة المرحوم عامر حمدى عمر الكاشف بتاريخ ٢٨ فبراير سنة ١٩٩٢ وانحصار إرثه الشرعى فى زوجته المطلقة المدعى عليها الثانية وفى المدعين « أولاده البلغ » كل بحسب نصيبه المحدد فى هذا الحكم وقد طعن المدعون على هذا الحكم بالتماس اعادة النظر رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٣ أمام محكمة الموضوع ذاتها بطلب الغاء الحكم موضوع الالتماس لما تضمنته من قضاء بأكثر مما طلبه الخصوم ، وأثناء نظر الالتماس ، دفع المدعون بعدم دستورية نص المادة السابعة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية وصرحت للمدعين بإقامة دعواهم الدستورية ، فقد أقاموا الدعوى الماثلة .

وحيث أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، قد بينت فى مادتيها الخامسة والسادسة المنازعات التى تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم النهائى فيها ، وكذلك تلك التى تختص بالفصل فيها بصفة ابتدائية ، ثم اتبعتها بمادتها السابعة التى جرى نصها كالآتى :

« تختص المحاكم الشرعية الجزئية فى سيوة والعريش والقصير والواحات الثلاث بالحكم فى جميع المواد المنصوص عليها فى المادتين السابقتين وفى جميع المواد الشرعية الأخرى التى هى من اختصاص المحاكم الابتدائية كما هو مبين فى المادة الثامنة ، ويكون حكمها فى جميع ما ذكر غير قابل للطعن إلا بطريق المعارضة فى الأحوال المنصوص عليها فى الباب الرابع من الكتاب الرابع من هذه اللائحة » .

وحيث أن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية وإحالة الدعاوى التى تكون منظورة أمامها إلي المحاكم الوطنية ، وإن نص فى مادته الثالثة عشرة على إلغاء بعض المواد التى تضمنتها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المشار اليها إلا أن هذا الإلغاء لم يشمل مادتها السابعة التى ظل حكمها قائماً ونافذاً إلى أن صدر القانون رقم ٢١٤ لسنة ١٩٩٤ الذى نصت مادته الأولى على أن « تلغى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها ، وعلى المحاكم الجزئية أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية المختصة بمقتضى حكم الفقرة السابقة ، وذلك بالحالة التى تكون عليها .. » .

وحيث أن من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - أن مناط المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى الدستورية - وهى شرط قبولها - أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الفصل فى المسألة الدستورية لازماً للفصل فى الطلبات المرتبطة بها المطروحة على محكمة الموضوع .

وحيث أن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها ، لا يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها ، وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة . ذلك أن الأصل فى تطبيق القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التى تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها ، فإذا استعيض عنها بقاعدة قانونية أخرى ، فإن القاعدة الجديدة تسرى من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من هاتين القاعدتين ، فيما نشأ فى ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية وجرت آثارها خلال فترة نفاذها يظل خاضعاً لحكمها وحدها . إذ كان ذلك وكان الطعن المقدم من المدعين بعدم دستورية المادة السابعة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السالف بيانها ، قد توخى إبطال ما قررته من عدم جواز الطعن فى الحكم الصادر من محكمة العريش الجزئية فى الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٣ إلا بطريق المعارضة كى ينفتح أمامهم طريق الطعن فى هذا الحكم استئنافياً ، فإن مصلحتهم الشخصية المباشرة تنحصر فى هذا النطاق ولا تتعداه .

وحيث أن المدعين ذهبوا إلى أن المشرع قد توخى بنص المادة السابعة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - فى شقها المطعون فيه - أن يدفع عن المتقاضين مشاق انتقالهم من المناطق النائية التي حددها هذا القانون إلى مقار المحاكم الابتدائية ، حال أن هذا الاعتبار بات منتفياً إزاء تقدم وسائل الاتصال وسهولتها ، ومن ثم يقع النص المطعون فيه مخالفاً للمادتين ٤٠ ، ٦٨ من الدستور فيما تنص عليه أولهما من أن المواطنين متكافئون أمام القانون ، وماقررته ثانيتهما من أن تعمل الدولة على ضمان تقريب جهات القضاء من المتقاضين .

وحيث أن البين من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - بعد تعديل أحكامها بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المشار اليه - أن الطعن بالطرق العادية فى الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية ، غدا مقصوراً على المعارضة فيها واستئنافها ، متى كان ذلك ، وكانت المادة ١٠ من هذه اللائحة تنص على أن الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الجزئية الشرعية يجوز استئنافها أمام المحاكم الشرعية الابتدائية ، وذلك دون إخلال بحكم المادة ٧ من هذه اللائحة ، فان المشرع بذلك يكون قد أورد حكم مادتها السابعة باعتباره استثناءً من مادتها العاشرة ، وهو استثناء أكدته المادة ٣٠٤ من اللائحة المذكورة بما نصت عليه من أنه « يجوز للخصوم - فى غير الأحوال المستثناة بنص صريح فى هذه اللائحة - أن يستأنفوا الاحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية أو المحاكم الكلية بصفة ابتدائية » .

وحيث أن من المقرر أنه فيما عدا الأحوال التى تفصل فيها المحاكم الشرعية الجزئية فى نزاع يدخل فى إطار اختصاصها الانتهائى ، ويكون قصر حق التقاضى فى شأن المسائل التى فصل الحكم فيها على درجة واحدة ، واقعاً فى إطار السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق ، وفى الحدود التى يقتضيها الصالح العام ، فإن الأصل فى الاحكام التى تفصل بصفة ابتدائية فى النزاع الموضوعى ، وهو جواز استئنافها ، إذ يعتبر نظر النزاع على درجتين ضمانة أساسية للتقاضى لا يجوز حجبها عن المتخاصمين بغير نص صريح ووفق أسس موضوعية ، بما مؤداه أن الخروج عليها لا يفترض ، وذلك سواء نظر إلى الطعن استئنافياً فى الأحكام الصادرة بصفة ابتدائية باعتباره طريقاً محتوماً لمراقبة سلامتها وتقويم اعوجاجها ، أم كوسيلة لنقل النزاع برمته وبكامل العناصر التى يشتمل عليها إلى المحكمة الاستئنافية لتجيل بصرها فيه من جديد باعتبار أن حكماً واحداً فى شأن هذا النزاع لا يقدم ضماناً كافياً يرعى العدالة ، ويضمن فعالية إدارتها وفقاً لمستوياتها التى التزمتها الدول المتحضرة .

وحيث أن البين من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع بعد أن حدد في المادة ٥ منها ما يدخل في إطار الاختصاص الانتهائي للمحاكم الشرعية الجزئية ، وقرنها بالمادة ٦ التي فصل بها ما يقع في نطاق اختصاصها الابتدائي ، أفرد المحاكم الشرعية الجزئية في سيوة والعريش والقصير والواحات الثلاث بحكم خاص قصره عليها ، وذلك بما نص عليه - في المادة ٧ من اختصاصها بالحكم في جميع المواد المنصوص عليها في المادتين السابقتين وكذلك الفصل في جميع المواد الشرعية الأخرى التي هي من اختصاص المحاكم الابتدائية كما هو مبين في المادة الثامنة ، وعلى أن يكون حكمها في جميع ما ذكر غير قابل للطعن إلا بطريق المعارضة .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكان الحكم الصادر من محكمة العريش الجزئية في الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٣ قد فصل في نزاع يدخل في اختصاصها الابتدائي ، وكان الأصل المقرر عملاً بالمادة ١٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هو جواز الطعن استئنافياً في الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الشرعية الجزئية « دون إخلال بحكم المادة ٧ المشار اليها » فإن هذا الاستثناء يكون قد استبعد أحكام الشرعية الجزئية الواقعة في بعض الأماكن النائية التي حددتها المادة ٧ من تلك اللائحة ، من الطعن فيها استئنافياً على خلاف الأصل المقرر بالنسبة إلى غيرها من المحاكم التي تساويها في مرتبتها وتتكافأ معها في تشكيلها .

وحيث أن الدستور بما نص عليه في المادة ٦٨ منه من حق كل مواطن في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي انتصافاً مما قد يقع عليه من عدوان ، قد دل على أن هذا الحق في أصل شرعته من الحقوق المقررة للناس جميعاً لا يتمايزون فيما بينهم في مجال النفاذ اليه وإنما تتكافأ مراكزهم القانونية في سعيهم لرد الإخلال بالحقوق التي يدعونها ولتأمين مصالحهم التي ترتبط بها ، بما مؤداه أن قصر مباشرة حق التقاضي على فئة من بينهم أو لحرمان منه في احوال بذاتها أو إرهاقه بعوائق منافيه لطبيعته ، إنما يعد عملاً مخالفاً للدستور الذي لم يجز إلا تنظيم هذا الحق وجعل المواطنين سواء في الارتكان اليه ، بما مؤداه أن غلق أبوابه دون أحدهم أو فريق منهم ، انما ينحل إلى إهداره ويكرس بقاء العدوان على الحقوق التي يدعيها .

وحيث أن الدساتير المصرية جميعها بدءاً بدستور ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون ، وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي ، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها .

وأضحى هذا المبدأ - في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور ، بل يمتد إعمالها كذلك إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية ، وعلى ضوء ما يرتئيه محققاً للصالح العام .

ولئن نص الدستور في المادة ٤٠ منه على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بينتها هي تلك التي يقوم التمييز فيها على أساس الجنس والأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، إلا أن ايراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز محظوراً فيها ، مرده - وعلى ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا - أنها الأكثر شيوعاً في الحياة العملية ، ولا يدل البتة على انحصاره فيها ، إذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً ، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور ، ويحول دون إرساء أسسها وبلوغ غايتها وآية ذلك من أن صور التمييز التي أغفلتها المادة ٤٠ من الدستور ما لا تقل عن غيرها خطراً سواء من ناحية محتواها أو من جهة الآثار التي ترتبها ،

كالتمييز بين المواطنين فى نطاق الحقوق التى يتمتعون بها أو الحريات التى يمارسونها لاعتبار مرده إلى مولدهم أو مركزهم الاجتماعى أو انتمائهم الطبقى ، أو ميولهم الحزبية أو نزعاتهم العرقية أو عصبيتهم القبلية أو إلى موقفهم من السلطة العامة أو إعراضهم عن تنظيماتها أو تبنيهم لأعمال بذاتها ، وغير ذلك من اشكال التمييز التى لا تظاهرها أسس موضوعية تقيمها .

وحيث أن المقرر أن صور التمييز المجافية للدستور وأن تعذر حصرها ، الا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق أو الحريات التى كفلها الدستور أو القانون ، وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم من المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها ، وبوجه خاص على صعيد الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغير ذلك من مظاهر الحياة العامة . متى كان ذلك ، وكان النص المطعون فيه قد ميز بين المتقاضين فى مجال التداعى فى شأن الحقوق التى يطلبونها - لا بناء على اعتبار يرتد إلى طبيعتها أو يتصل بتنظيم الحق فى اقتضائها ، بل ترتيبها على محال إقامتهم ، وذلك أن اللائحة المشار اليها كفلت لكل متقاض - لا يقيم فى جهة من الاماكن التى حددها النص المطعون فيه - حق الطعن استئنافياً فى الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الشرعية الجزئية فإن كان مقيماً بها ، فان هذا الطريق من طرق الطعن يكون ممتنعاً بالنسبة إليه ، بما مؤداه استبعاد النص المطعون فيه لفئة بذاتها من المتقاضين من فرص الطعن المكفولة لسواهم رغم تماثلهم جميعاً فى مراكزهم القانونية ، وتداعيهم فى شأن الحقوق عينها ، ومن ثم لا يكون هذا النص محمولاً على أسس موضوعية ، بل متبنياً تمييزاً تحكمياً منهياً عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور .

ولا ينال مما تقدم ما ذهبت إليه هيئة قضايا الدولة من أن الاحلال بمبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه فى المادة ٤٠ من الدستور ، ينافيه أن النص المطعون فيه ينحل إلي قاعدة قانونية عامة مجردة لا تقيم فى مجال تطبيقها تمييزاً بين المخاطبين بها باعتبار انهم متكافئون فيما بينهم فى مجال الطعن التى أتاحتها ، وكذلك تلك التى حجبتها . ذلك أن اعمال مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون رهن بالشروط الموضوعية التى يحدد المشرع على ضوئها المراكز القانونية التي يتكافأ اصحابها بها أمام القانون ، على أن يكون مفهوما أن موضوعية هذه الشروط مرجعها إلى اتصال النصوص التى ترتبها بالحقوق التى تتناولها ، بما يؤكد ارتباطها عقلاً بها وتعلقها بطبيعة هذه الحقوق ، ومتطلباتها فى مجال ممارستها ، ومجرد عمومية القاعدة القانونية وتجردها وان كان لازماً لانفاذ أحكامها ، إلا أن التمييز التشريعى المناقض لمبدأ المساواة أمام القانون ، لا يقوم إلا بهذه القواعد ذاتها .

وحيث أن ما قررته هيئة قضايا الدولة من أن النص المطعون فيه قد توخى سرعة الفصل فى القضايا التى تدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية الجزئية وفقاً لحكمه ، وكفل كذلك تقريب جهات القضاء من المتقاضين الذين يقيمون فى الأماكن التى حددها ، مردود بأن انفتاح طرق الطعن فى الأحكام أو منعها لا يجوز من زاوية دستورية إلا وفق أسس موضوعية ليس من بينها مجرد سرعة الفصل فى القضايا . كذلك فإن تقريب جهات القضاء - من خلال محاكمها - من المتقاضين ، لا يتصور أن يتم بوجود مواقعها بعيداً عن فريق منهم ، ولا يجوز كذلك أن يكون معطلاً لحقهم فى فرص الطعن التى أتاحها المشرع لغيرهم ممن يتماثلون معهم فى المركز القانونى . ذلك أن استواء طرق الطعن فيما بين هؤلاء وهؤلاء على مقتضى قاعدة قانونية واحدة ، ضمانة أساسية للتقاضى يتكامل معها ولا يجبها التزام الدولة بأن تتخذ الوسائل التى تكفل تقريب جهات القضاء منهم .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، فإن النص المطعون فيه يكون قد خالف المادتين ٤٠ ، ٦٨ من الدستور .

فلهذه الاسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة السابعة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وذلك فيما نصت عليه من عدم جواز الطعن إلا بطريق المعارض فى الاحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الشرعية الجزئية فى سيوة والعريش والقصير والواحات الثلاث ، والزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل اتعاب المحاماة .

(٦)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٤ فبراير سنة ١٩٩٥م الموافق ٤ رمضان سنة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

فاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور/ عبد المجيد فياض ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور .

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٣ لسنة ١٦ قضائية « دستورية ».

المقامة من :

١ - عميد مهندس متقاعد على حسن إبراهيم يوسف

٢ - عميد متقاعد السيد أحمد السيد إبراهيم يوسف راضى

٣ - عقيد متقاعد ممدوح بدر بريك سبينه

٤ - عقيد متقاعد عبد المحسن محمود مختار

٥ - عقيد متقاعد محمد توفيق على خاطر

٦ - رائد متقاعد اسامة عبد اللطيف أحمد

٧ - نقيب متقاعد عزت محمود مختار

ضـــد

١ - السيد / رئيس الجمهورية

٢ - السيد / رئيس مجلس الوزراء

٣ - السيد / وزير الدفاع والانتاج الحربى بصفته الرئيس الأعلى لإدارة التأمين والمعاشات العسكرية

٤ - السيد / وزير المالية

٥ - السيدة / وزيرة التأمينات الاجتماعية بصفتها الرئيس الأعلى للهيئة القومية للتأمين الاجتماعى

الإجراءات

تاريخ ٨ فبراير ١٩٩٤ أودع المدعون قلم كتاب المحكمة صحيفة هذه الدعوى طالبين الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٢ .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق ، والمداولة

حيث أن الوقائع ـ على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعين بعد أن أحيلوا إلى التقاعد من خدمة القوات المسلحة واستحقوا المعاش العسكرى طبقاً للقانون ، عين بعضهم بالهيئة العامة للصرف الصحى بالأسكندرية ، والبعض الآخر بشركات قطاع الأعمال العام بالاسكندرية ، وإذ تقرر حرمانهم من الحق فى الجمع بين معاشاتهم العسكرية وأجورهم من عملهم بوظائفهم المدنية استناداً إلى المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ بعد تعديلها بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٢ ، فقد أقاموا - لاقتضاء هذا الحق الدعوى رقم ١ لسنة ١٩٩٣ برية أمام اللجنة القضائية لضباط القوات المسلحة ، ودفعوا بعدم دستورية المادة المشار اليها فيما تضمنته فقرتها الأولى من حظر الجمع بين المعاش والمرتب ، وإذ قدرت اللجنة جدية هذا الدفع ، وحددت للمدعين موعداً غايته ثلاثة أشهر لرفع الدعوى الدستورية ، فقد أقاموا الدعوى الماثلة .

وحيث أن المدعين ينعون على الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة مخالفتها الدستور وذلك فيما تضمنته من حظر الجمع بين المعاش المستحق عن مدة الخدمة العسكرية ، والمرتب المستحق عن العمل بالوظائف المدنية ، قولاً بأن هذا الحظر يتعارض مع حق العمل ويخل بنظام التأمين الاجتماعى وينطوى على اعتداء على الملكية الخاصة بالمخالفة للمواد ١٣ و١٧ و٣٤ من الدستور .

وحيث أن البين من الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ بعد تعديلها بالقانون رقم ٣١ سنة ١٩٩٢ ، أنها تنص على أنه « إذا عين صاحب معاش على درجة مالية فى الجهاز الإدارى للدولة أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو هيئات القطاع العام وشركاته ، أوقف صرف معاشه طوال مدة خضوعه لأحكام قانون التأمين الاجتماعى فاذا كان صافى المرتب الأساسى الذى يتقاضاها صاحب المعاش المعين فى إحدى الجهات المشار اليها أقل من المعاش المستحق له من القوات المسلحة مضافاً إليه ٢٠٪ منه ، يصرف له من المعاش ما يعادل الفرق بينهما على أن يستنزل من جزء المعاش المنصرف له أى زيادة تطرأ مستقبلاً على هذا الصافى حتى انتهاء خدمته المدنية ، وذلك مع عدم الإخلال بحكم الفقرة الثانية من المادة ١٠١ » .

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية ، وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى المسألة الدستورية لازماً للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة أمام محكمة الموضوع ، فإذا لم يكن له بها من صلة ، كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة ، وكان قبولها كذلك لا يكفى فيه أن يكون النص التشريعى المطعون عليه مخالفاً فى ذاته للدستور ، فقد تعين لتوافر المصلحة فيها أن يكون هذا النص - بتطبيقه على المدعى - قد أخل بأحد الحقوق التى كفلها الدستور على نحو الحق به ضرراً مباشراً .

إذ كان ذلك ، وكان النزاع الموضوعى في الخصومة الماثلة ، يقوم على حق المدعين فى الجمع به بين معاشاتهم عن خدمتهم بالقوات المسلحة ، وما يحصلون عليه من أجر من الهيئة العامة للصرف الصحى

بالأسكندرية وشركات قطاع الاعمال العام التى عينوا فيها فإن مصلحتهم الشخصية المباشرة تنحصر فيما يتصل من أجزاء الفقرة الأولى من المادة ٩٩ المشار اليها بنزاعهم الموضوعى .

وحيث أن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ، مالم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها وتكون تخوماً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها ، وكان الدستور إذ يعهد بتنظيم موضوع معين إلى السلطة التشريعية ، فإن ما تقره من القواعد القانونية بصدده لا يجوز أن ينال من الحق محل الحماية الدستورية سواء بالنقض أو الانتقاص ، ذلك أن اهدار الحقوق التى كفلها الدستور أو تهميشها ، عدوان على مجالاتها الحيوية التى لا تتنفس إلا من خلالها The Breathing Space بما مؤداه أن تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها التقديرية - وفيما خلا القيود التى يفرضها الدستور عليها - بعيداً عن الرقابة القضائية التى تمارسها المحكمة الدستورية العليا فى شأن الشرعية الدستورية ، والتى لا يجوز لها بمقتضاها أن تزن - بمعاييرها الذاتية - السياسة التى انتهجها المشرع فى موضوع معين ، ولا أن تناقشها أو تخوض فى ملاءمة تطبيقها عملاً ، ولا أن تنحل للنص المطعون فيه أهدافاً غير التى رمي المشرع إلى بلوغها ، ولا أن تكون خياراتها بديلاً عن عمل السلطة التشريعية ، بل يكفيها أن تمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها تلك ، مستلهمة فى ذلك أغراضاً يقتضيها الصالح العام فى شأن الموضوع محل التنظيم التشريعى ، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق الأغراض التى حددتها مرتبطة عقلاً بها .

وحيث أن البين من أحكام الدستور بما يحقق تكاملها ويكفل عدم انعزال بعضها عن بعض فى إطار الوحدة العضوية التى تجمعها وتصون ترابطها ، أنه في مجال حق العمل والتأمين الاجتماعى ، كفل الدستور أمرين :

أولهما: أن العمل ، ليس ترفاً يمكن النزول عنه ، ولا هو منحه من الدولة تبسطها أو تقبضها وفق مشيئتها لتحدد على ضوئها من يتمتعون بها أو يمنعون عنها ، ولا هو إكراه للعامل على عمل لا يقبل عليه باختياره ، أو يقع التمييز فيه بينه وبين غيره لاعتبار لا يتعلق بقيمة العمل أو غير ذلك من الشروط الموضوعية التى تتصل بالأوضاع التى يجب أن يمارس فيها ، وسواء انعكس هذا التمييز فى شكل آثار اقتصادية أم كان مرهقاً لبيئة العمل ذاتها مثيراً لنوازع عدائية فيما بين العاملين فيها objectively hostile to work environment ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ١٣ من الدستور تنظم العمل بوصفه حقاً لكل مواطن لا يجوز إهداره أو تقييده بما يعطل جوهره ، وواجباً يلتزم بمسئولية كمال أدائه ، وشرفاً يرنو اليه أملاً وهو باعتباره كذلك ولأهميه فى تقدم الجماعة وإشباع احتياجاتها ، ولصلته الوثيقة كذلك بالحق فى التنمية بمختلف جوانبها ، ولضمان تحقيق الإنسان لذاته ولحرياته الأساسية ، وكذلك لإعمال ما يتكامل معها من الحقوق ، توليه الدولة اهتمامها وتزيل العوائق من طريقه وفقاً لإمكاناتها ، وبوجه خاص إذا امتاز العامل فى أدائه وقام بتطويره .

ولا يجوز بالتالى أن يتدخل المشرع ليعطل حق العمل ، ولا أن يتذرع اعتسافاً بضرورة صون اخلاق العامل أو سلامته أو صحته للتعديل فى الشروط التى يقوم عليها بل يتعين أن يكون تنظيم هذا الحق غير مناقض لفحواه ، وفى الحدود التى يكون فيها هذا التنظيم منصفاً ومبرراً .

ثانيهما: أن الأصل فى العمل أن يكون إرادياً قائماً على الاختيار الحر ، ذلك أن علائق العمل قوامها شراء الجهة التى تقوم باستخدام العامل لقوة العمل بعد عرضها عليها ، ولا يجوز بالتالى أن يحمل المواطن على العمل حملاً بأن يدفع اليه قسراً أو يفرض عليه عنوة ، إلا أن يكون ذلك وفق القانون - وبوصفه تدبيراً

استثنائياً لإشباع غرض عام - وبمقابل عادل وهى شروط تطلبها الدستور فى العمل الإلزامى ، وقيد المشرع بمراعاتها فى مجال تنظيمه كى لا يتخذ شكلاً من اشكال السخرية المنافية فى جوهرها للحق في العمل باعتباره شرفاً ، والمجافية للمادة ١٣ من الدستور بفقرتيها .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكان اقتضاء الأجر العادل مشروطاً بالفقرة الثانية من المادة ١٣ من الدستور كمقابل لعمل تحمل الدولة مواطنيها عليه قسراً استيفاء من جانبها لدواعى الخدمة العامة ونزولاً على مقتضياتها ، فإن الوفاء بهذا الأجر توكيداً للعدل الاجتماعى ، وإعلاء لقدر الانسان وقيمته ، واعترافاً بشخصيته المتنامية وما يتصل بها من الحقوق الاجتماعية والاقتصادية ، يكون بالضرورة التزاماً أحق بالحماية الدستورية وأكفل لموجباتها كلما كان مقابلاً لعمل تم أداؤه فى نطاق رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية ارتبط طرفاها بها ، وحدد الأجر من خلالها ، وذلك انطلاقاً من ضرورة التمكين للقيم الأصلية : الخلقية والوطنية التى يلتزم المجتمع بالتحلى بها ، والتماس الطرق إليها والعمل على إرسائها على ما تقضي به المادة ١٢ من الدستور ، ونزولاً على حقيقة أن الأجر وفرص العمل وربطهما معا بالانتاجية وفقاً لنص المادة ٢٣ منه ، تمثل جميعها ملامح أساسية لخطة التنمية الشاملة التى تنظم اقتصاد الدولة ، والتى تتوخى زيادة الدخل القومى وتضمن عدالة توزيعه ، هذا فضلاً عن أن الأجر محدد إنصافاً ووفق شروط مرضية ، ضمانة جوهرية لإسهام المواطن فى الحياة العامة ، وهو اسهام غدا واجباً وطنياً طبقاً للمادة ٦٢ من الدستور .

وحيث أن الدستور إذ عهد بنص المادة ١٢٢ منه إلى المشرع بصوغ القواعد التى تتقرر بموجبها على خزانة الدولة ، مرتبات المواطنين ومعاشاتهم وتعويضاتهم واعاناتهم ومكافأتهم ، على أن ينظم أحوال الاستثناء منها ، والجهات التى تتولى تطبيقها ، فذلك لتهيئة الظروف الأفضل التى تفى باحتياجاتهم الضرورية ، وتكفل مقوماتها الأساسية التى يتحررون بها من العوز ، وينهضون معها بمسئولية حماية أسرهم والارتقاء بمعاشها ، بما مؤداه أن التنظيم التشريعى للحقوق التى كفلها المشرع فى هذا النطاق ، يكون مجافياً أحكام الدستور منافياً لمقاصده ، إذا تناول هذه الحقوق بما يهدرها أو يفرغها من مضمونها .

ولازم ذلك أن الحق فى المعاش - إذا توافر أصل استحقاقه وفقاً للقانون - إنما ينهض التزاماً على الجهة التى تقرر عليها ، وهو ما تؤكده قوانين التأمين الاجتماعى - على تعاقبها - إذ يبين منها أن المعاش الذى تتوافر بالتطبيق لأحكامها شروط اقتضائه عند انتهاء خدمة المؤمن عليه وفقاً للنظم المعمول بها ، يعتبر إلتزاماً مترتباً بنص القانون فى ذمة الجهة المدنية ، وإذا كان الدستور قد خطا بمادته السابعة عشرة خطوة أبعد فى اتجاه دعم التأمين الاجتماعى حين ناط بالدولة ، أن تكفل لمواطنيها خدماتهم التأمينية - الاجتماعية منها والصحية - بما فى ذلك تقرير معاش لمواجهة بطالتهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم فى الحود التى يبينها القانون ، فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعى التى يمتد نطاقها إلى الاشخاص المشمولين بها - هى التى تكفل لكل مواطن الحد الأدنى من المعاملة الانسانية التى لا تمتهن فيها آدميته ، والتى توفر لحريته الشخصية مناخها الملائم ، ولضمانة الحق فى الحياة أهم روافدها ، وللحقوق التى يمليها التضامن بين أفراد الجماعة التي يعيش فى محيطها مقوماتها بما يؤكد انتماءه إليها ، وتلك هى الاسس الجوهرية التى لا يقوم المجتمع بدونها ، والتى يعتبر التضامن الاجتماعى وفقاً لنص المادة ٧ من الدستور مدخلاً إليها .

وحيث أن الثابت من الاوراق ، أن المدعين بعد انتهاء خدمتهم بالقوات المسلحة التى استحقوا عنها معاش التقاعد العسكرى وفقاً للقانون ، عين بعضهم بالهيئة العامة للصرف الصحى بالأسكندرية والبعض الآخر

بشركات قطاع الأعمال العام بالأسكندرية ، وتقرر حرمانهم من الجمع بين أجورهم عن عملهم بوظائفهم المدنية ، ومعاشاتهم العسكرية إعمالاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة المشار اليها باعتبار أنهم عادوا - بعد استحقاقهم المعاش - للعمل بإحدى الجهات التى حددتها هذه المادة ، وكان الحق فى معاشاتهم تلك لا يعتبر منافياً للحق فى أجورهم ، وليس ثمة ما يحول دون اجتماعهما باعتبارهما مختلفين مصدراً وسبباً ، ذلك أنه بينما يعتبر نص القانون مصدراً مباشراً للحق فى معاشاتهم ، فإن استحقاقهم لأجور عملهم مردها إلى رابطة العمل ذاتها تنظيمية كانت أم تعاقدية - لترتبط بها وترتد اليها فى مصدرها المباشر .

كذلك يعتبر المعاش مستحقاً عن مدد خدمتهم السابقة بالقوات المسلحة والتى أدوا عنها حصصهم فى التأمين الاجتماعى وفقاً للقواعد التى تقرر المعاش بموجبها وتحدد مقدارها على ضوئها ، وذلك خلافاً للأجور التى يستحقونها من الجهات التى عادوا للعمل بها ، إذ تعتبر مقابلاً مشروعاً ولازماً لعملهم فيها ، ولا يعدو الحصول عليها أن يكون باعثاً دفعهم Cause impulsive إلى تقديم خدماتهم إليها ، ليكون أداء هذا العمل سبباً لاستحقاقها .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكانت الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة ، تدل بعباراتها على أن المشرع عامل أجور المدعين باعتبارها بديلاً عن معاشاتهم ، حال أن الالتزام لا يكون بدلياً إلا إذا قام المحل البديل فيه مقام المحل الأصلى ، وهو بذلك يفترض مديناً واحداً تقرر البدل لمصلحته ، إذ تبرأ ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلى ، ولا كذلك حق المدعين فى الجمع بين المعاش والأجر ، ذلك أن الالتزام بهما ليس مترتباً فى ذمة مدين واحد ، ولا يقوم ثانيهما مقام أولهما ، فضلاً عن اختلافهما مصدراً ، ومن ثم ينحل العدوان على أيهما إلى إخلال بالملكية الخاصة التى كفل الدستور فى مادته الرابعة والثلاثين أصل الحق فيها ، وأحاطها بالحماية اللازمة لصونها ، تلك الحماية التى جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على انصرافها إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء ، واتساعها بالتالى للأموال بوجه عام .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، فان حكم الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة - فيما يتصل من أجزائها بنطاق الطعن الماثل - يكون مخالفاً لأحكام المواد ٧ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٧ ، ٣٤ ، ٦٢ ، ١٢٢ من الدستور ومن ثم يتعين الحكم بعدم دستوريتها فى هذا الشق منها .

وحيث أن النص المطعون فيه بعد أن حظر الجمع بين معاش الخاضعين لأحكامه ومرتباتهم التى يحصلون عليها من الجهات التى حددها ، قضى بعدم سريان قاعدة الحظر هذه فى شأن المخاطبين بنص الفقرة الثانية من المادة ١٠١ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ .

وحيث أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١ من هذا القانون تنص على أنه يجوز لمن انتهت خدمته بالقوات المسلحة لعدم اللياقة الصحية بعد اصابته بسبب الخدمة أو العمليات الحربية ، الجمع بين معاشه وبين ما يتقاضاه من راتب أو أجر أو مكافأة عن أى عمل ، وكان ما قرره النص المطعون فيه من استثناء المخاطبين بالفقرة الثانية من المادة ١٠١ المشار اليها من قاعدة حظر الجمع بين المعاش والمرتب التى اشتمل عليها ، مؤداه أن بوسعهم اقتضائهما معا عند تحقق الواقعة محل الاستثناء ، وكان هدم قاعدة الحظر ذاتها ترتيباً على الحكم بعدم دستوريتها ، يعنى أن الاستثناء منها فى الأحوال التى بينتها الفقرة الثانية من المادة ١٠١ قد صار وارداً على غير محل ، ذلك أن تقرير استثناء من قاعدة قانونية ، يفترض دوما قيام القاعدة القانونية التى ورد الاستثناء عليها ، فإذا لم يعد لهذه القاعدة من وجود من زاوية دستورية ، سقط الاستثناء معها .

فلهذه الاسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ من حظر الجمع بين معاش المخاطبين بها ومرتباتهم ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل اتعاب المحاماة .

(٧)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم ١٨ مارس ١٩٩٥م الموافق ١٧ شوال ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

فاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور / عبد المجيد فياض ومحمد على سيف الدين ومحمد عبد القادر عبد الله

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية « دستورية ».

المقامة من :

السيد المستشار / تيمور مصطفى كامل

ضد

١ - السيد / رئيس الجمهورية ، بصفته

٢ - السيد / رئيس مجلس الوزراء ، بصفته

٣ - السيد المستشار / وزير العدل ، بصفته

٤ - السيد المستشار / رئيس مجلس الدولة ، بصفته

الإجراءات

بتاريخ ٢٥ يونيو سنة ١٩٩٤ أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالباً الحكم بعدم دستورية البند السادس من المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

وقد نظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

وحيث أن الوقائع على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الاوراق تتحصل فى أن المدعى كان قد عين بوظيفة مندوب بمجلس الدولة اعتباراً من أول أكتوبر ١٩٧٢ ثم تدرج بوظائف المجلس القضائية إلى أن عين

مستشاراً ، وإذ أصدر رئيس الجمهورية القرار رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٧ بتعيينه فى وظيفة وكيل عام بهيئة النيابة الإدارية ، فقد أقام الطعن رقم ٣٦٧٩ لسنة ٣٣ ق . أمام المحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة طالباً الحكم بالغاء هذا القرار ، وإهدار كافة الآثار القانونية المترتبة عليه ، ناعياً عليه بطلانه لصدوره بناء على طلب كان قد عرض فيه النقل من مجلس الدولة إلى هيئة النيابة الإدارية ، حال أن ذلك طلب لم يكن نابعاً عن إرادة حرة ، بل كان وليد إكراه تفادياً لانهاء خدمته لزواجه من أجنبية ، وأثناء نظر دعواه الموضوعية دفع المدعى بعدم دستورية البند السادس من المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية ، فقد صرحت له بإقامة دعواه الدستورية فأقام الدعوى الماثلة .

حيث أن المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد حددت الشروط التى يجب توافرها فيمن يعين عضواً بمجلس الدولة ، ومن بينها الشرط المنصوص عليه فى بندها السادس الذى ينص على ما يلى :

« ألا يكون متزوجاً من أجنبية ، ومع ذلك يجوز باذن من رئيس الجمهورية الإعفاء من هذا الشرط إذا كان متزوجاً بمن تنتمى بجنسيتها إلى إحدى البلاد العربية » ، وكانت المادة ٦ من مواد اصدار ذلك القانون قد نصت على عدم سريان الشرط المنصوص عليه فى البند ٦ المشار إليه على أعضاء مجلس الدولة المتزوجين من أجنبيات عند العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة ، فإن مؤدى هذين النصين مجتمعين أن عدم الزواج من أجنبية شرط لازم للتعيين أو للبقاء عضواً فى ذلك المجلس ، وهو شرط لا استثناء منه إلا فى إحدى حالتين :

اولاهما : أن يقرر العضو بعد العمل بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المشار إليه الزواج من أجنبية تنتمى جنسيتها إلى إحدى الدول العربية وبإذن رئيس الجمهورية فى الزواج منها .

وثانيهما : أن يكون زواج العضو بالأجنبية قائماً وقت العمل بقانون المجلس الملغى رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه .

وحيث أن المدعى ينعى على البند السادس المشار إليه مخالفته للدستور بما نص عليه من عدم جواز زواج عضو مجلس الدولة بأجنبية ، قولاً بأن هذا الحظر يناقض مبدأ تكافؤ الفرص ويخل بالحماية القانونية المتكافئة اللذان كلفتهما المادتان ٨ ، ٤٠ من الدستور ، ويهدر كذلك ما للمواطنين من حق فى تولى الوظائف العامة على النحو المقرر بالمادة ١٤ وأساس ذلك أن النص المطعون فيه اختص أعضاء مجلس الدولة بمعاملة مجحفة قصرها عليهم ، وذلك بأن ألزمهم دون غيرهم من نظرائهم الذين ينهضون بأعباء الوظيفة القضائية بألا يتزوج أحدهم من أجنبية مسقطاً بذلك ودون ما غرض مشروع يقتضيه الصالح العام - الحق لكل إنسان في ان يختار لحياته شريكاً يسكن إليه فى إطار من المودة والرحمة .

وحيث أن الحرية الشخصية أصل يهيمن على الحياة بكل أقطارها ، لا قوام لها بدونها إذ هى محورها وقاعدة بنيانها ويندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التى لا تكتمل الحرية الشخصية فى غيبتها ، ومن بينها الحق فى الزواج وما يتفرع عنه من تكوين أسرة وتنشئة أفرادها وكلاهما من الحقوق الشخصية التى لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تفوض روابطها ، ولا تعمل كذلك بعيداً أو انعزالاً عن التقاليد التى تؤمن بها الجماعة التى يعيش الفرد فى كنفها ، بل تعززها وتزكيها وتتعاظم بقيمتها بما يصون حدودها ويرعى مقوماتها وإذ كان الزوجان يفضيان لبعضهما البعض بما

لا يأتمنان غيرهما عليه ، ولا يصيخان سمعاً لغير نداءاتها ، ويتكتمان أخص دخائل العلائق الزوجية لتظل مكنوناتها بعيداً عن إطلال الآخرين عليها ، وكان امتزاجهما يتم فى وحدة يرتضيانها يتكاملان من خلالها ويتوجان بالوفاء جوهرها ليظل نبتها مترامياً على طريق نمائها وعبر إمتداد زمنها ، وكانت علاقة الزوجية بأوصافها تلك تعد نهجاً حميماً ونبعاً صافياً لأدق مظاهر الحياة وأبلغها أثراً فإن الزواج يكون فى مضمونه ومرماه عقيدة لا تنفصم عراها أو تهن صلابتها ، وتصل روابطها فى خصوصيتها إلى حد تقديسها ولا يجوز بالتالى التدخل تشريعاً فى هذه العلائق للحد من فرص الاختيار التى تنشئها وتقيمها على أساس من الوفاق والمودة ، وذلك ما لم تكن القيود التى فرضها المشرع على هذا الاختيار عائدة فى بواعثها إلى مصلحة جوهرية لها ما يظاهرها تسوغ بموجباتها تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهدم خصائصها ، ذلك أن تقييد الحرية الشخصية لغير مصلحة جوهرية لا يغتفر وبوجه خاص إذا أصابها فى واحد من أهم ركائزها بأن تعرض دون مقتض لحق من يريد الزواج فى اختيار من يطئن إليه ويقبل طواعية عليه ليكونا معاً شريكين فى حياة ممتدة تكون سكناً لهما ويتخذان خلالها أدق قراراتهما وأكثرها ارتباطاً بمصائرها وبما يصون لحياتهما الشخصية مكامن اسرارها وأنبل غايتها .

وحيث أنه متى كان ذلك فإن حق اختيار الزوج لا يمكن أن يكون منفصلاً عن خواص الحياة العائلية أو واقعاً وراء حدودها إذ يتصل مباشرة بتكوينها وهو كذلك من العناصر التى تؤثر فى تكامل الشخصية الانسانية باعتباره مبلوراً لادارة الاختيار فيما هو لصيق بذاتية كل فرد a Private Autonomy of choice وكاشفاً عن ملامح توجهاته التى يستقبل بتشكيلها ، ولا يعدو إنكاره أن يكون إخلالاً بالقيم التى تقوم عليها الحرية المنظمة Ordered liberty وهو كذلك يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة ، وما يتوخاه من صون الحرية الشخصية بما يحول دون تقييدها بوسائل إجرائية أو وفق قواعد موضوعية لا تلتئم وأحكام الدستور التى تمد حمايتها كذلك إلى ما يكون من الحقوق متصلاً بالحرية الشخصية ، مرتبطاً بمكوناتها ، توقياً لاقتحام الدائرة التى تظهر فيها الحياة الشخصية فى صورتها الأكثر تآلفاً وتراحماً .

وحيث أن إغفال بعض الوثائق الدستورية النص على الزواج كحق وما يشتمل عليه بالضرورة من حق اختيار الزوج لا ينال من ثبوتها ولا يفيد أن تلك الوثائق تتجاهل محتواهما أو أنها تطلق يد المشرع فى مجال القيود التى كفل صونها دستور جمهورية مصر العربية بنص المادة ٤٥ التى تقرر أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ، يؤيد ذلك أن أبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية وربطها ببعض ، كثيراً ما ترشح لحقوق لا نص عليها ، لكن تشير بثبوتها ما يتصل بها من الحقوق التى كفلها الدستور ، والتى تعد مدخلاً إليها بوصفها من توابعها أو مفترضاتها أو لوازمها ، وكثيراً ما تقضى فروع بعض المسائل التى نظمتها الوثيقة الدستورية ، إلى الأصل العلم الذى يجمعها ويعتبر إطاراً محدداً لها ولا يكون ذلك إلا من خلال فهم أعمق لمراميها واستصفاء ما وراءها من القيم والمثل العليا التى احتضنها الدستور فالحق فى التعليم وعلى ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا يشتمل على حق كل مواطن فى أن يختار نوع التعليم الذى يراه أكثر اتفاقاً مع ميوله وملكاته وأن يتلقى قدراً من التعليم يكون مناسباً لمواهبه وقدراته والحق فى بناء أسرة وفق الأسس التى حددها الدستور بنص المادة ٩ منه يعنى أن يكون للآباء والأوصياء حق اختيار وسائل تنشئة أطفالهم أو من هم فى رعايتهم وألا يحملوا على اختيار نوع من التعليم يكون نمطياً أو دون مداركهم وما حرية الاجتماع ولو خلا الدستور من النص عليها إلا

إطار لحرية التعبير يكفل إنماء القيم التى تتواخاها ويمنحها مغزاها وبوجه خاص كلما كان الاجتماع مدخلاً لحوار بين المنضمين إليه حول المسائل التى تثير اهتمامهم ولو لم يكن هدفها سياسياً بل كان نقابياً أو مهنياً أو قانونياً أو اجتماعياً كذلك فإن حرية التعبير وحرية الصحافة المنصوص عليهما فى المادتين ٤٧ ، ٤٨ من الدستور لا تعنيان مجرد إبداء الآراء قولاً وطباعتها لنشرها ولكنهما تنطويان على الحق فى تلقيها وقراءتها وتحقيقها وتعليمها وليكون فهمها وإمعان النظر فيها كاشفاً عن حقيقتها ودون ذلك فإن الحماية التى كفلها الدستور لهاتين الحريتين ، لن تكتمل سواء فى نوعها أو مداها .

وحيث أنه فضلاً عما تقدم ، فإن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغواراً لا يجوز النفاذ إليها وينبغى دوما ولاعتبار مشروع ألا يقتحمها أحد ضماناً لسريتها وصوناً لحرمتها ودفعاً لمحاولة التلصص عليها أو اختلاس بعض جوانبها ، وبوجه خاص من خلال الوسائل العلمية الحديثة التى بلغ تطورها حداً مذهلاً ، وكان لتنامى قدراتها على الاختراق أثراً بعيداً على الناس جميعهم حتى فى أدق شئونهم ، وما يتصل بملامح حياتهم بل وبياناتهم الشخصية التى غدا الاطلاع عليها وتجميعها نهباً لأعينها ولآذانها . وكثيراً ما الحق النفاذ إليها الحرج أو الضرر بأصحابها وهذه المناطق من خواص الحياة ودخائلها تصون مصلحتين قد تبدوان منفصلتين إلا أنهما تتكاملان ، ذلك أنهما تتعلقان بوجه عام بنطاق المسائل الشخصية التى ينبغى كتمانها ، وكذلك نطاق استقلال كل فرد ببعض قراراته الهامة التى اختار أنماطها وتبلور هذه المناطق جميعها التى يلوذ الفرد بها مطمئناً لحرمتها ليهجع إليها بعيداً عن أشكال الرقابة وأدواتها الحق فى أن تكون للحياة الخاصة تخومها بما يرعى الروابط الحميمة فى نطاقها ، ولئن كانت بعض الوثائق الدستورية لا تقرر هذا الحق بنص صريح فيها ، إلا أن البعض يعتبره من أشمل الحقوق وأوسعها ، وهو كذلك أعمقها اتصالاً بالقيم التى تدعو اليها الأمم المتحضرة .

ولم يكن غريباً فى إطار هذا الفهم - وعلى ضوء تلك الأهمية - أن يستخلص القضاء فى بعض الدول ذلك الحق فى عدد من النصوص الدستورية التى ترشح مضموناتها لوجوده ، وذلك من خلال ربطها ببعض وقوفاً على أبعاد العلاقة التى تضمها ، فالدستور الأمريكى لا يتناول الحق فى الخصوصية بنص صريح ، ولكن القضاء ، فسر بعض النصوص التى ينظمها هذا الدستور بأن لها ظلالاً Penumbras لا تخطئها العين ، وتنبثق منها مناطق من الحياة الخاصة تعد من فيضها Emanations ، وتؤكد كذلك بعض الحقوق التى كفلها ذلك الدستور ، من بينها حق الأفراد فى الاجتماع ، وحقهم فى تأمين اشخاصهم وأوراقهم ودورهم ومتعلقاتهم فى مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر ، وحق المتهمين فى ألا يكونوا شهوداً على أنفسهم توقياً لإدلائهم بما يدينهم ، وكذلك ما نص عليه الدستور الأمريكى من أن التعداد الوارد فيه لحقوق بذواتها ، لا يجوز أن يفسر بمعنى استبعاد أو تقليص غيرها من الحقوق التى احتجزها المواطنون لأنفسهم .

وحيث أن دستور جمهورية مصر العربية وأن نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٥ على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ، ثم فرع عن هذا الحق - وبنص الفقرة الثانية منها - الحق فى صون الرسائل البريدية والبرقية والهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال تقديراً لحرمتها ، فلا يصادرها أحد أو ينفذ إليها من خلال الاطلاع عليها إلا بأمر قضائى يكون مسبباً ومحدوداً بمدة معينة وفقاً لأحكام القانون ، إلا أن هذا الدستور لا يعرض البتة للحق فى الزواج ، ولا للحقوق التى تتفرع عنه كالحق فى اختيار الزوج بيد أن اغفال

النص على هذه الحقوق لا يعنى انكارها ، ذلك أن الحق فى الخصومة يشملها بالضرورة باعتباره مكملاً للحرية الشخصية التى يجب أن يكون نهجاً متواصلاً Rational Continuum ليوائم مضمونها الآفاق الجديدة التى تفرضها القيم التى أرسلتها الجماعة وارتضتها ضوابط لحركتها ، وذلك انطلاقاً من حقيقة ان النصوص الدستورية لا يجوز فهمها على ضوء حقبة جاوزها الزمن ، بل يتعين أن يكون نسيجها قابلاً للتطور ، كافلاً ما يفترض فيه من اتساق مع حقائق العصر The supposed tune of times .

وحيث أن الأصل المقرر وفقاً لنص المادة ٩ من الدستور أن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والاخلاق والوطنية ، وكان على الدولة - بناء على ذلك - أن تعمل على الحفاظ على طابعها الأصيل وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد مع تأكيد هذا الطابع وتنميته فى العلاقات داخل المجتمع ، فإن الأسرة فى هذا الإطار تكون هى الوحدة الرئيسية التى يقوم عليها البنيان الاجتماعى ، إذ هى التى تغرس فى ابنائها أكثر القيم الخلقية والدينية والثقافية سمواً وأرفعها شأناً ، ولا يعدو الحق فى اختيار الزوج أن يكون مدخلها باعتباره طريق تكوينها ، وهو كذلك من الحقوق الشخصية الحيوية التى يقوم عليها تطور الجماعة واتصال أجيالها ، ومن خلالها يلتمس الانسان تلك السعادة التى يريد الظفر بها .

وحيث أن الحق فى اختيار الزوج يندرج كذلك - في مفهوم الوثائق الدولية - فى إطار الحقوق المدنية الأساسية التى لا تمييز فيها بين البشر ، وهو يعد عند البعض واقعاً فى تلك المناطق التى لا يجوز التداخل فيها بالنظر إلى خصوصياتها ، إذ ينبغى أن يكون للشئون الشخصية استقلالها ، وألا يقل قرار اختيار الزوج فى نطاقها أهمية عن ذلك القرار الذى يتخذ الشخص بمقتضاه ولداً إخصاباً وانجاباً .

ولئن جاز أن يؤثم المشرع أفعالاً بذواتها فيما وراء الحدود الشرعية للعلاتق الزوجية كالزنا ، وأن يتخذ من التدابير ما يكون كافياً لردعها ، فإن ما يقيم هذه العلائق على أساس من الحق والعدل ويصون حرمتها لا يقل ضرورة فى مجال حمايتها وتشجيعها .

ولا يجوز بالتالى أن يركن المشرع - ولغير مصلحة جوهرية - إلى سلطته التقديرية ليحدد على ضوئها من يتزوج وبمن ، ولا أن يتدخل فى أغوار هذه العلائق بعد اكتمال بنيانها بالزواج ، ذلك أن السلطة التقديرية التى يملكها المشرع وإن كان قوامها أن يفاضل بين البدائل التى يقدر مناسبتها لتنظيم موضوع معين وفق ما يراه محققاً للصالح العام ، إلا أن حدها النهائى يتمثل فى القيود التى فرضها الدستور عليها بما يحول - وكأصل عام - دون أن يكون المشرع محدداً لمن يكون طرفاً فى العلاقة الزوجية ، أو رقيباً على أشكال ممارستها بعد نشوئها ، وبجه خاص فيما يستقلان به من شئونها ، ذلك أنه من غير المتصور أن تقع الشئون العائلية فى نطاق الحق فى الحياة الخاصة ، لتنحسر الحماية التى يكفلها هذا الحق عن قرار اختيار الزوج ، وهو أداة تأسيس الأسرة والطريق إليها .

ولا ينبغى كذلك أن يكون حق الشخص فى أن يتخذ ولداً ، منفصلاً عن الحق فى الدخول فى العلاقة الشرعية الوحيدة التى لا يوجد إلا من خلالها .

وحيث أن الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية تؤكد الحق فى الحياة الخاصة بنهيها عن التلصص على الناس وتعقبهم فى عوراتهم يقول تعالى ﴿ ولا تجسسوا ﴾ وهى كذلك تحض على الزواج لمعان اجتماعية ونفسية ودينية باعتباره عقداً يفيد حل العشرة - على وجه التأبيد - بين الرجل والمرأة ويكفل تعاونهما . والنصوص القرآنية تدعو إليه وتصرح به ،

إذ يقول تعالى ﴿ يأيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة ، وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء ﴾ ويقول سبحانه ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾ ويقول جل علاه ﴿ ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية ﴾ .

والزواج فوق هذا مستقر الأنفس وقاعدة أمنها وسكنها ولا قوام لقوة الأسرة وتراحمها بعيداً عنه إذا التزم طرفاه بإطاره الشرعى ، وتراضيا على انعقاده ، ذلك أن الزواج شرعاً ليس إلا عقداً قولياً يتم ممن هو أهل للتعاقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين فى مجلس العقد ، وبشرط أن تتحقق العلانية فيه من خلال شاهدين تتوافر لهما الحرية والبلوغ والعقل ، يكونان فاهمين لمعنى العبارة ودلالتها على المقصود منها . ومن الفقهاء من يقول بأن للمرأة البالغة العاقلة أن تباشر الزواج لنفسها ، ذلك أن الله تعالى أسنده اليها بقوله عز وجل ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ وقال عليه السلام « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن من نفسها » .

وحيث أن المواثيق الدولية تؤيد كذلك حق اختيار الزوج . ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٦ من الإعلان العالمى لحقوق الانسان الذى اقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٩٤٨/١٢/١٠ من أن لكل من الرجل والمرأة - إذا كانا بالغين - حق التزوج وتأسيس أسرة دون قيد يقوم على العرق أو الدين أو الجنسية ، وتردد حكم المادة ١٦ من هذا الإعلان ، اتفاقية التراضى بالزواج والحد الأدنى لسنة وتسجيل عقوده ١٩٦٢/١١/٧ Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages كذلك فإن حق التزوج واختيار الزوج Choice of Spouse مكفولان بنص المادة ٥ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصرى ١٩٦٥/١٢/٢١ International Convention on the elimination of all forms of racial discrimination وتؤكد الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦/١٢/١٦ International Covenant on Civil and Political Rights حق الرجال والنساء الذين بلغوا سن الزواج فى أن يكونوا أزواجاً ، وأن يقيموا لهم أسراً ، وترعى المادة ٦ من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة ١٩٦٧/١١/٧ Declaration on the Elimination of Discrimination against Women حقها فى اختيار الزوج بملء حريتها وعدم التزوج إلا برضاها التام ، وتتمتع المرأة وفقاً لنص المادة ١٦ من اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة ١٩٧٩/١٢/١٨ Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women بحق مساو للرجل فى اختيار الزوج ، وفى ألا يتم الزواج إلا برضاها الكامل .

وتنص المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان وحرياته الأساسية والموقع عليها فى روما بتاريخ ١٩٥٠/١١/٤ من الدول الأعضاء فى مجلس أوروبا Convention For the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms على حق كل شخص فى ضمان الاحترام لحياته الخاصة ولحياته العائلية . ولا يجوز لأى سلطة عامة التدخل فى مباشرة هذا الحق إلا وفقاً للقانون ، وفى الحدود التى يكون فيها هذا التدخل ضرورياً فى مجتمع ديمقراطى لضمان الأمن القومى أو سلامة الجماهير أو رخاء البلد اقتصادياً ، أو لتوقى الجريمة أو انفراط النظام أو لصون الصحة أو القيم الخلقية أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم .

ويجب أن يقرأ هذا النص متصلاً ومترابطاً بالمادة ١٢ من هذه الاتفاقية التى تنص على أن لكل الرجال

والنساء عند بلوغهم سن الزواج ، الحق فيه ، وكذلك فى تأسيس أسرة وفقاً لأحكام القوانين الوطنية التى تحكم مباشرة هذا الحق ، وبمراعاة أمرين :

أولهما : أن جوهر الحق فى الزواج ليس إلا اجتماعاً بين رجل وامرأة فى إطار علاقة قانونية يلتزمان بها ، ولأيهما بالتالى أن يقرر الدخول فيها أو الإعراض عنها.

ثانيهما : أن الحقوق المنصوص عليها فى المادتين ٨ ، ١٢ من تلك الاتفاقية - وعملاً بمادتها الرابعة عشرة - لا يجوز التمييز فى مباشرتها لاعتبار يقوم على الجنس أو العرق أو اللون أو اللغة أو العقيدة أو الرأى السياسى أو غيره أو الأصل القومى أو الاجتماعى أو المولد أو الثروة أو الانتماء إلى أقلية عرقية أو بناء على أى مركز آخر .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، وكان البين من القوانين التى نظم بها المشرع أوضاع السلطة القضائية ، وآخرها قانونها الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، أن الشروط التى تطلبها لتولى الوظيفة القضائية فى نطاق جهة القضاء العادى ، لم يكن من بينها يوماً قيد يحول دون زواج رجالها بأجنبية ، بما مؤداه انتفاء اتصال هذا الشرط بالأداء الأقوم لمسئوليتها باعتباره غريباً عنها ، وليس لازماً لمباشرة مهامها على أساس من الحيدة والموضوعية .

وحيث أن المشرع أكد هذا المعنى وتبنى هذا الاتجاه ، حين اختص المحكمة العليا - الصادر بشأنها القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ - بالرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية جميعها ، وكذلك بعد أن حلت محلها المحكمة الدستورية العليا - الصادر بإنشائها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ - لتكون رقيباً على تقيد السلطتين التشريعية والتنفيذية ، بالضوابط التى فرضها الدستور فى مجال اقرار النصوص القانونية أو اصدارها ، فقد اطلق المشرع - بهذين القانونين - حق أعضاء هاتين المحكمتين فى اختيار الزوج ، التزاماً بأبعاد الحرية الشخصية ، وصوناً لحرمة الحياة الخاصة اللتان كفلهما الدستور بنص المادتين ٤١ ، ٤٥ وكذلك حين جرم كل إعتداء عليهما بنص المادة ٥٧ ولم يجز فوق هذا إسقاط المسئولية الجنائية أو المدنية الناشئة عن هذا العدوان بالتقادم ، بل أن عدم إدراج حكم مماثل للنص المطعون فيه فى قانون المحكمة الدستورية العليا التى تعلو هامتها فوق كل جهة من خلال ضمانها سيادة الدستور ، وتوليها دون غيرها فرض القيود التى يتضمنها فى إطار الخصومة القضائية ؛ وارتقاء رقابتها على الشرعية الدستورية إلى أكثر أشكال الرقابة القضائية مضاءً وأبعدها أثراً وأرفعها شأناً ، يعنى أن تقرير هذا الحكم لا يتصل بجوهر وظيفتها القضائية ، وأن اقتضائه منفصل عن الشروط الموضوعية لأوضاع ممارستها .

وحيث أنه لا ينال مما تقدم ما تنص عليه المادة ١٦٧ من الدستور من أن يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط تعيين أعضائها ونقلهم ، ذلك أن هذا التفويض لا يخول السلطة التشريعية أن تقرر فى مجال تولى الوظيفة القضائية من الشروط ما يكون دخيلاً عليها ، مقحماً على الضوابط المنطقية لممارستها ، منفصلاً عما يكون لازماً لإدراتها ، نائياً عما يتصل بصون هيبتها أو يكون كافلاً لرسالتها بل يجب أن تكون القيود التى يفرضها المشرع على تولى الوظيفة القضائية عائدة فى منتهاها إلى أسس موضوعية تقتضيها مصلحة جوهرية ، وهو ما قام النص المطعون فيه على نقيضه ، ذلك أن المشرع وان جاز أن يفرض فى شأن الزواج شروطاً إجرائية لضمان توثيقه بصورة رسمية ولإشهاره قطعاً لكل نزاع ، بل وأن يقيده بضوابط موضوعية كتلك التى تتعلق بأهلية المتعاقدين ودرجة القرابة المحرمية ، إلا أن التنظيم التشريعى للحق فيه ، بما ينال من جوهره ممتنع دستورياً .

وحيث أن تبرير النص المطعون فيه بمقولة أنه يتناول أعضاء بهيئة قضائية يطلعون بحكم وظائفهم على عديد من أسرار الدولة ويفصلون فيما هو هام من منازعاتها ويحسمون مصير قراراتها ، وأن المشرع صوناً منه لهذه المصالح قدر ألا يلى اعباء تلك الوظيفة القضائية إلا هؤلاء الذين ينتمون إلى الوطن انتماء مجرداً ، متحررين من شبهة التأثير الخارجي عليهم ، وهو ما يقع إذا تزوج أحدهم بأجنبية ، مردود بأن المحكمة الدستورية العليا - التى خلا قانونها من هذا الشرط - تباشر رقابتها القضائية على الشرعية الدستورية ذاتها ، وهي أبلغ خطراً وأكثر اتصالاً بالمصالح القومية الحيوية ، بل أنها تستخلص من النصوص الدستورية تلك القيم التى ارتضتها الجماعة لتؤسس عليها ركائز بنياتها وتعبد الطريق لتقدمها ، كذلك فإن فهمها لأحكام الدستور ومناهجها فى التأصيل والتفريع هى أدواتها إلى إبطال النصوص التشريعية بما يجردها من قوة نفاذها . وأحاكمها هى التى ترد المواطنين جميعهم ، وكذلك السلطات العامة - على تعدد أفرعها وتباين تنظيماتها - إلى كلمة سواء يكون الدستور من خلالها مهيمناً على الحياة بكل صورها .

وحيث أن الدساتير المصرية جميعها بدءً بدستور ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون ، كفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعى ، وعلى تقدير أن الغاية التى يستهدفها تتمثل أصلاً فى صون حقوق المواطنين وحرياتهم فى مواجهة صور التمييز التى تنال منها أو تقيد ممارستها .

وأضحى هذا المبدأ - فى جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التى لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها فى الدستور ، بل يمتد مجال أعمالها كذلك إلى تلك التى كفلها المشرع للمواطنين فى حدود سلطته التقديرية وعلى ضوء ما يرتئيه محققاً للصالح العام .

ولئن نص الدستور فى المادة ٤٠ منه على حظر التمييز بين المواطنين فى أحوال بينتها ، هى تلك التى يقوم التمييز فيها على أساس الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، إلا أن ايراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز محظوراً فيها ، مرده أنها الأكثر شيوعاً فى الحياة العملية ، ولا يدل البتة على انحصاره فيها ، إذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً ، وهو ما يناقض المساواة التى كفلها الدستور ويحول دون إرساء أسسها وبلوغ غاياتها ، وآية ذلك أن من صور التمييز التى أغفلتها المادة (٤٠) من الدستور ما لا تقل عن غيرها خطراً سواء من ناحية محتواها أو من جهة الآثار التى ترتبها ، كالتمييز بين المواطنين فى نطاق الحقوق التى يتمتعون بها أو الحريات التى يمارسونها لاعتبار مرده إلى مولدهم ، أو مركزهم الاجتماعى أو انتمائهم الطبقى أو ميولهم الحزبية أو نزعاتهم العرقية أو عصبيتهم القبلية أو إلى موقفهم من السلطة العامة ، أو اعراضهم عن تنظيماتها ، أو تبنيهم لأعمال بذاتها ، وغير ذلك من أشكال التمييز التى لا تظاهرها أسس موضوعية تقيمها وكان من المقرر أن صور التمييز المجافية للدستور وأن تعذر حصرها ، ألا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق أو الحريات التى كفلها الدستور أو القانون وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم من المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها ، وبوجه خاص على صعيد الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغير ذلك من مظاهر الحياة العامة .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، وكان النص المطعون فيه قد اختص أعضاء مجلس الدولة بشرط أورده هذا النص لغير مصلحة جوهرية ، وميز بذلك بينهم وبين غيرهم ممن ينهضون بأعباء الوظيفة القضائية ويتحملون بتبعاتها رغم تماثلهم جميعاً فى مراكزهم القانونية ، فإن

النص المطعون فيه يكون مفتقراً إلي الأسس الموضوعية التى ينبغى أن يقوم عليها ، ومتبنياً بالتالى تمييزاً تحكمياً منهياً عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور .

وحيث أن النص المطعون فيه يقيد كذلك حق العمل - وما تفرع عنه من الحق فى تولى الوظائف العامة - المكفولين بالمادتين (١٣ ، ١٤) من الدستور ، ذلك أن إعمال هذا النص يستلزم إنهاء خدمة المعينين بمجلس الدولة على خلاف أحكامه ، ويحول دون تعيين أعضاء جدد فيه لمجرد اختيارهم الزواج من أجنبية .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، فإن النص المطعون فيه يكون مخالفاً لأحكام المواد (٩ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٥) من الدستور ، وهو ما يتعين الحكم به .

وحيث أن المشرع بعد أن قضى بألا يعين عضواً بمجلس الدولة من يكون متزوجاً بأجنبية ، أورد استثنائين من هذه القاعدة يخول :

أولهما : رئيس الجمهورية أن يأذن بإعفاء من يريد الزواج بعربية من حكمها .

وينص ثانيهما : وقد ورد بالمادة (٦) من قانون اصدار قانون مجلس الدولة - على إعفاء أعضاء مجلس الدولة المتزوجين من أجنبيات عند العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة من الخضوع للحظر المقرر بالنص المطعون فيه ، متى كان ذلك وكان هدم القاعدة التى تضمنها هذا النص وإبطال العمل بها ، يعنى أن الاستثناء منها قد صار وارداً على غير محل ، باعتبار أن الاستثناء من قاعدة قانونية يفترض دوماً بقاءها ، فان ابطال النص المطعون فيه تبعاً للحكم بعدم دستوريته ، يستتبع زوال هذين الاستثناءين معاً وسقوطهما .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية البند السادس من المادة (٧٣) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وذلك فيما نص عليه من ألا يعين عضو بمجلس الدولة يكون متزوجاً بأجنبية ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

(٨)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ١٨ مارس ١٩٩٥م الموافق ١٧ شوال ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

فاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبد الله

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٦ لسنة ٩ قضائية « دستورية ».

المقامة من :

السيدة / أسماء أحمد على

ونانسى وإبراهيم وأيمن ومحيا ونهال وأحمد رجائى على زيتون .

ضـــد

١ - السيد / رئيس الجمهورية .

٢ - السيد / رئيس مجلس الوزراء .

٣ - السيد / أحمد نبيل إبراهيم مصطفى .

٤ - السيد / حسن إبراهيم محمود .

الإجراءات

بتاريخ ٧ فبراير سنة ١٩٨٧ ، أودع المدعون قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة طالبين الحكم بعدم دستورية نص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها أصلياً عدم قبول الدعوى واحتياطياً رفضها .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة بجلسة ٦ يناير سنة ١٩٩٠ إعادة ملف الدعوى إلى هيئة المفوضين بناء على طلبها لإعداد تقرير تكميلى وإذ أودعت هيئة المفوضين تقريرها التكميلى عادت المحكمة إلى نظرها وقررت إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

وحيث أن الوقائع على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أنه بتاريخ الأول من مارس سنة ١٩٦٩ استأجر المدعى عليه الثالث من المدعين شقة يملكونها بالعقار رقم ٢٧ شارع الدكتور محمد منذور بمدينة نصر - محافظة القاهرة لاستعمالها سكناً خاصاً ، وإذ فوجئوا بتركه لها وتنازله عنها للمدعى عليه الرابع ، فقد أقاموا ضدهما الدعوى رقم ٢٤٦٣ لسنة ١٩٨٤ إيجارات شمال القاهرة ، بطلب الحكم بإخلائهما من الشقة وتسليمها إليهم خالية ، فأقام المدعى عليه الرابع دعوى فرعية طلب فيها إلزام المدعين بتحرير عقد إيجار له عن هذه الشقة ، استناداً إلى المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر ، بمقولة أنه شقيق لزوجة مستأجرها الأصلى وأقام معه بها منذ سنة ١٩٧٥ ، وإذ دفع المدعون أثناء نظر النزاع الموضوعى بعدم دستورية نص المادة ٢٩ المشار إليهما ، وصرحت لهم محكمة الموضوع باتخاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية ، فقد أقاموا الدعوى الماثلة .

وحيث أن المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر تنص على أنه « مع عدم الإخلال بحكم المادة ٨ من هذا القانون ، لا ينتهى عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين ، إذا بقى فيها زوجته أو أولاده أو أى من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك ، وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسباً أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة ، يشترط لاستمرار عقد الإيجار اقامتهم فى المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين ، أو مدة شغله للمسكن أيتهما أقل .

فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى فلا ينتهى العقد بوفاة المستأجر أو تركه العين ، ويستمر لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال .

وفى جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم الحق فى الاستمرار فى شغل العين ، ويلتزم هؤلاء الشاغلون بطريق التضامن بكافة أحكام العقد .

وحيث أن هيئة قضايا الدولة دفعت الدعوى الماثلة بعدم قبولها بمقولة أن النص المطعون عليه تقرر لمصلحة المؤجرين لا المستأجرين ، ذلك أنه قيد امتداد عقد الإيجار فى حالة وفاة المستأجر أو تركه العين - بقيود تتعلق بالمساكنة ودرجة القرابة ، إذ اشترط - بالنسبة لغير زوجة المستأجر الأصلى وأولاده ووالديه - أن يكون المستفيد من امتداد عقد الايجار قريباً له حتى الدرجة الثالثة نسباً أو مصاهرة ، و أن يكون مساكناً له فى العين المؤجرة مدة لا تقل عن سنة سابقة على الوفاة أو الترك ، أو مدة شغله للمسكن أيتهما أقل ، بما مؤداه أن استمرار عقد الإيجار لهؤلاء ، جاء محاطاً بالقيود التى فرضها المشرع لصالح المدعين ، مما تنتفى به مصلحتهم الشخصية المباشرة فى الدعوى الراهنة .

وحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم فى المسألة الدستورية لازماً للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها ، والمطروحة على محكمة الموضوع ، متى كان ذلك ، وكان النزاع الموضوعى يدور حول أحقية المدعين فى استرداد العين المؤجرة بعد أن تركها مستأجرة الأصلى لشقيق زوجته ، وكان هذا الشقيق قد أقام بدوره ضد المدعين دعواه الفرعية لإلزامهم بأن يحرروا لصالحه عقد ايجار جديد وكان إبطال النص المطعون عليه فى مجال تطبيقه بالنسبة اليه ، مؤداه أن تعود العين المؤجرة إلى المدعين باعتبار أن ذلك الشقيق قد صار شاغلاً لها بغير سند ، فإن مصلحتهم الشخصية المباشرة فى الدعوى الماثلة تكون قائمة ، ويكون الدفع بعدم قبولها على غير أساس حرياً بالرفض .

وحيث أن البين من النص المطعون عليه - فيما قرره من أحكام تتعلق بالأعيان المؤجرة لأغراض السكنى - أنه فيما عدا الزوجة التى يستمر لصالحها عقد إيجار زوجها بعد تخليه عن العين المؤجرة أيا كانت مدة إقامتها مع زوجها فيها ، فإن غيرها من أقرباء هذا المستأجر مصاهرة لا يبقون فى هذه العين بعد تخلى مستأجرها الأصلى عنها - وبوصفهم مستأجرين أصليين لها ألا بشرطين :

اولهما : أن تكون قرابتهم بالمصاهرة لهذا المستأجر حتى درجة معينة ، هى الدرجة الثالثة .

وثانيهما : ألا تكون إقامتهم فى العين التى كان يشغلها عرضية أو عابرة أو مؤقتة ، بل مستقرة لا يتخللها انقطاع غير عارض ، وأن تقترن بنية الاستيطان فلا يشوبها غموض أو بداخلها خفاء توقياً لالتباس أمرها وانبهام المقصود منها على المؤجر ، ويجب دوما أن تستغرق إقامتهم فيها - بأوصافها تلك زمناً محدداً لا تقل عنه ، حتى يمكن الاحتجاج بها على المؤجر ومحابهته بها ، إذ يجب وفقاً للنص المطعون فيه ، أن يكون هؤلاء الأقرباء قد أقاموا بها - متخذين منها - وحتى تاريخ التخلى عنها - سكناً على وجه الاعتياد لمدة تستطيل على الأقل إلى سنة سابقة على تخلى المستأجر الأصلى عنها ، أو لمدة تماثل المدة التى شغل خلالها هذه العين ، أيتهما أقل .

وحيث أن القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، قد نص فى (المادة ١٨) منه على أنه « لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد ألا لاحد الأسباب الأتية :

(جـ) إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر أو أجره من الباطن بغير إذن كتابى صريح من المالك

للمستأجر الأصلى ، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائياً ، وذلك دون إخلال بالحالات التى يجيز فيها القانون للمستأجر تأجير المكان مفروشاً أو التنازل عنه ، أو تأجيره من الباطن ، أو تركه لذوى القربى وفقاً لأحكام (المادة ٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ » .

وحيث أن القاعدة التى أرستها (المادة ١٨) المشار إليها ، وأن دلت على جواز إخلاء العين المؤجرة للسكنى إذا تخلى المستأجر الأصلى عنها للغير ، إلا أن هذه المادة ذاتها تقيم استثناء من تلك القاعدة ، مؤداه امتناع إخلائها كلما تركها هذا المستأجر لصالح الاقرباء الذين عينتهم (المادة ٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، وبالشروط التى حددتها .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، فإن نطاق الطعن الماثل لا ينحصر فيما قررته (المادة ٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه ، من استمرار عقد إيجار العين المؤجرة لصالح أقرباء المستأجر الأصلى مصاهرة حتى الدرجة الثالثة رغم تخلى هذا المستأجر عنها وإنما يمتد هذا النطاق كذلك إلى الأحكام «ذاتها» التى تبنتها (المادة ١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لصالح هذه الفئة « عينها » .

وحيث أن المدعين ينعون على النص المطعون فيه - فى النطاق المتقدم - مخالفته لحكم (المادة الثانية) من الدستور التى تقضى بأن مبادىء الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، وذلك من عدة وجوه :

أولها : أن الشريعة الإسلامية وأن حثت على صلة الرحم ، ألا أنها لا تعتبر أقارب أحد الزوجين أقرباء للآخر ، ومن ثم يكون اعتداد النص المطعون عليه بقرابة المصاهرة مخالفاً للدستور .

ثانيها : أن إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية منعقد على أن عقد الإيجار ينصب على استئجار منفعة لمدة مؤقتة يحق للمؤجر بانتهائها أن يطلب إخلاء العين من مستأجرها ، بما مؤداه امتناع تأبيد هذا العقد .

ثالثها : أن عقد الايجار ينقلب بالنص المطعون فيه ، من عقد يقوم على التراضى إلى عقد يحمل فيه المؤجر على تأجير العين بعد انتهاء إجارتها ، إلى شخص لم يكن طرفاً فى الإيجارة ، بل يعد غريباً عنها ، ولا يتصور أن يقحم عليها .

وحيث أن الدعوى الموضوعية كانت قد أقيمت فى ظل العمل بأحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المشار إليه ، الصادر بعد تعديل الدستور فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ .

حيث أن الدستور - إعلاءً من جهته لدور الملكية الخاصة ، وتوكيداً لإسهامها فى صون الزمن الاجتماعى - كفل حمايتها لكل فرد - وطنياً كان أم أجنبياً - ولم يجز المساس بها ألا على سبيل الاستثناء ، وفى الحدود التى يقتضيها تنظيمها ، باعتبارها عائدة - فى الأعم من الأحوال - إلى جهد صاحبها ، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال ، وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها ، وأحاطها بما قدره ضرورياً لصونها ، معبداً بها الطريق إلي التقدم ، كافلاً للتنمية أهم أدواتها ، محققاً من خلالها إرادة الإقدام ، هاجعاً إليها لتوفر ظروفاً أفضل لحرية الاختيار والتقرير ، مطمئناً في كنفها إلى يومه وغده مهيمناً عليها ليختص دون غيره بثمارها ومنتجاتها وملحقاتها ، فلا يرده عنها معتد ، ولا يناجز سلطته فى شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها ، ليعتصم بها من دون الآخرين وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التى تعينها على أداء دورها ، وتقيمها تعرض الأغيار لها سواء بنقضها أو بانتقاصها من أطرافها ، ولم يعد جائزاً بالتالى أن ينال المشرع من عناصرها ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها ، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها ، أو يقيد من مباشرة الحقوق التى تتفرع عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية ، ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية ، ويكون العدوان عليها غصباً ، وافتئاتاً على كيانها أدخل إلى مصادرتها .

وحيث أن من المقرر كذلك أن حق الملكية من الحقوق المالية التى يجوز التعامل فيها وبقدر اتساع قاعدتها تتعدد روافدها ، وتتنوع استخداماتها ، لتشكل نهراً يتدفق بمصادر الثروة القومية التى لا يجوز إهدارها أو التفريط فيها أو بعثرتها تبديداً لقيمتها ، ولاتنظيمها بما يخل بالتوازن بين نطاق حقوق الملكية المقررة عليها ، وضرورة تقييدها نأياً بها عن الانتهاز ، أو الإضرار بحقوق الآخرين ، ذلك أن الملكية فى إطار النظم الوضعية التى تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة - لم تعد حقاً مطلقاً ، ولا هى عصية على التنظيم التشريعى ، وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها .

ومن ثم ساغ تحميلها بالقيود التى تتطلبها وظيفتها الاجتماعية ، وهى وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ ، ولا تفرض نفسها تحكماً ، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية والأغراض التى ينبغى رصدها عليها ، محددة على ضوء واقع اجتماعى معين فى بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها .

وفى أطار هذه الدائرة ، وتقيداً بتخومها ، يفاضل المشرع بين البدائل ، ويرجع على ضوء الموازنة التى يجريها ، ما يراه من المصالح أجدر بالحماية وأولى بالرعاية وفقاً لاحكام الدستور ، مستهدياً فى ذلك بوجه خاص بالقيم التى تنحاز إليها الجماعة فى مرحلة بذاتها من مراحل تطورها ، وبمراعاة أن القيود التى يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها ، لا تعتبر مقصودة لذاتها ، بل غايتها خير الفرد والجماعة .

وحيث أن الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تبديل فيها ، لا تناقض ما تقدم ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلى الله تعالى ، أنشأها وبسطها ، وإليه معادها ومرجعها ، مستخلفاً فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض ، وجعلهم مسئولين عما فى أيديهم من الأموال لا يبددونها أو يستخدمونها إضراراً يقول تعالى ﴿ وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه ﴾ ، وليس ذلك إلا نهيا عن الولوغ بها فى الباطل ، وتكليفاً لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها ، وهى مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثاً أو إسرافاً أو عدواناً أو متخذاً طرائق تناقض مصالح الجماعة أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار .

وكان لولى الأمر بالتالى أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان ، وأن يحول دون الإضرار إذا كان ثأراً محضاً يزيد من الضرر ولا يفيد إلا فى توسيع الدائرة التى يمتد إليها ، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش ، فإذا تزاحم ضرران ، كان تحمل أهونهما لازماً اتقاء لأعظمهما ، ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد ضرر عام .

وينبغى - من ثم - أن يكون لحق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تتنافر ، ذلك أن الملكية خلافة ، وهى باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التى تعكس بالقيود التى تفرضها على الملكية ، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها ، وهى حدود يجب التزامها ، لأن العدوان عليها يخرج الملكية عن دائرة الحماية التى كفلها الدستور لها .

وحيث أن المشرع نظم بالنص المطعون فيه ، العلاقة الإيجارية فى بعض جوانبها كافلاً - بالشروط التى حددها - استمرار أقرباء المستأجر الأصلى مصاهرة حتى الدرجة الثالثة ، فى السكنى بالعين المؤجرة التى كان يشغلها هذا المستأجر ، ثم تخلى نهائياً عنها بقصد عدم العودة إليها منهياً بذلك الإيجارة التى ارتبط بها .

وحيث أن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية مالم يفرض الدستور على

ممارستها قيوداً لا يجوز تخطيها لضمان أن يكون الانتفاع بتلك الحقوق مفيداً وفعالاً ، وكانت الحماية التى كفلها الدستور لحق الملكية فى مادته الثانية والثلاثين ، مناطها تلك الملكية التى لا تقوم على الاستغلال ، ولا يتعارض استخدامها مع الخير العام لجموع المواطنين ، ولا تنافى مقاصدها الأغراض التى تمليها وظيفتها الاجتماعية ، وكان المشرع - فى مجال تنظيم العلائق الإيجارية - وأن قرر من النصوص القانونية ما ارتاه محققاً للتوازن بين أطرافها ، ألا أن هذا التوازن لا يجوز أن يكون صورياً أو منتحلاً أو سراباً ، بل يجب أن يعكس حقيقة قانونية لا مماراة فيها ، ليكون التنظيم التشريعى لحقوق المؤجرين والمستأجرين فى دائرتها منصفاً لا متحيفاً ، متعمقاً الحقائق الموضوعية ، وليس متعلقاً بأهدابها الشكلية .

ولا يجوز بالتالى أن يعدل المشرع من اطار هذه العلائق بما يمثل افتئاتا كاملاً على حقوق أحد أطرافها أو انحرافاً عن ضوابط ممارستها ، وإلا آل أمر النصوص التى أقرها إلى البطلان من خلال مباشرة الرقابة القضائية على دستوريتها ، ذلك أن القيود التى يفرضها المشرع على حق الملكية لا يجوز أن تكون مدخلاً لإثراء مستأجر العين وإفقار مالكها ، ولا أن يحصل المستأجر من خلالها على حقوق لا يسوغها مركزه القانونى فى مواجهة المؤجر وألا حض تقريرها على الانتهاز ، وكان قرين الاستغلال .

وحيث أن ما تقدم يؤيده أمران :

أولهما : أن الأصل هو أن يتحقق التضامن بين المؤجر والمستأجر من الوجهة الاجتماعية وأن تتوافق مصالحهما ولا تتنافر من الوجهة الاقتصادية والا كان كل منهما حرباً على الآخر يهتبل الفرص لأكل حقه بالباطل ، ولا يجوز بالتالى أن يميل ميزان التوازن بينهما لتكون الحقوق المقررة لأحدهما إجحافاً وإعناتاً وقهراً ، وليس من المتصور أن يكون مغبون الأمس - وهو المستأجر - غابناً ، ولا أن يكون تدخل المشرع شططاً وقلباً للموازين ترجيحاً لكفته لتكون أكثر ثقلاً ، وليحل الصراع بين هذين العاقدين بديلاً عن اتصال التعاون بينهما .

ثانيهما : أن النص المطعون فيه ، وأن كان يندرج تحت التشريعات الاستثنائية التى تدخل بها المشرع لمواجهة الأزمة المتفاقمة الناشئة عن قلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكنى ، ألا أن الطبيعة الاستثنائية لتلك التشريعات - التى لا يجوز التوسع فى تفسيرها أو القياس عليها - والتى درج المشرع على تنظيم العلائق الإيجارية من خلالها واعتبر أحكامها من النظام العام لإبطال كل اتفاق على خلافها ، وليضمن سريانها بأثر مباشر على عقود الإجاره القائمة عند العمل بها - ولو كانت مبرمة قبلها - لا تعصمها من الخضوع للدستور ، ولا تخرجها من مجال الرقابة القضائية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص القانونية جميعها ، بل يجب اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها ، وأن يكون مناط سلامتها هو اتفاقها مع أحكام الدستور ، ويجب بالتالى أن تقدر الضرورة المواجهة لهذا التنظيم الخاص بقدرها ، وأن تدور معها وجوداً وعدما تلك القيود التى ترتبط بها وترتد اليها ، باعتبارها مناط مشروعيتها ، وعلة استمرارها .

وحيث أن من المقرر كذلك ، أن حق مستأجر العين فى استعمالها مصدره العقد دائماً ولازال هذا الحق - حتى مع قيام هذا التنظيم الخاص وتحديد أبعاده بقوانين استثنائية - حقاً شخصياً يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم ، وليس حقاً عينياً ينحل إلى سلطة مباشرة وعلى العين المؤجرة ذاتها يمارسها مستأجرها دون تدخل من مؤجرها ، ولازم ذلك أن يكون بقاء مستأجر العين فيها مرتبطاً بضرورة شغلها بوصفها مكاناً بأويه هو

وأسرته ، فاذا تخلى عنها تاركاً لها ، وأفصح بذلك عن قصده إنهاء الإيجارة التى كان طرفاً فيها ، زايلته الأحكام الاستثنائية التى بسطها المشرع عليه لحمايته ، ولم يعد لغيره إحياء حق أصبح مقضياً ، ذلك أن العدم لا يولد نبتاً .

يؤيد ذلك أن تخلى مستأجر العين الأصلى عنها ، يعنى هجرها نهائياً ، وكان ينبغى بالتالى أن يكون هذا التخلى مبرراً لقيام حق المؤجر فى طلب إخلائها بعد انقطاع اتصال هذا المستأجر بها ، ولأن القيود الاستثنائية التى نظم بها المشرع العلائق الإيجارية إبان أزمة الإسكان ، غايتها الحد من تصاعدها وغلواء تفاقمها ، وهى بعد ضرورة تقدر بقدرها ولا يجوز أن تجاوز دواعيها .

ألا أن المشرع آثر بالنص المطعون فيه أن يمنح - بالشروط التى حددها - مزية استثنائية يقتحم بأبعادها حق الملكية ، انتهاكاً لمجالاتها الحيوية التى لا يجوز أن يمسها المشرع إخلالاً بها ، ذلك أن منفعة العين المؤجرة تنتقل بموجبها من مستأجرها الأصلى إلى غيره من أقربائه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة ، ليحل هؤلاء محل المستأجر الأصلى فى العين التى كان يشغلها - لا بناءً على تعاقد تم بينهما مثلما هو الأمر فى شأن التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجارة - بل بقوة القانون .

وهى بعد مزية يتعذر أن يكون المتعاقدان الأصليان قد قصدا إلى تقريرها ابتداءً أو انهما عبرا - صراحة أو ضمناً - عن تراضيهما عليها ، ذلك أن إرادتيهما - حقيقية كانت أم مفترضة - لا يمكن أن تحمل على اتجاهها أو انصرافها إلى إقحام اشخاص على العلاقة الايجارية هم غرباء عنها ، ومعاملتهم كأصلاء فيها وإن كانوا دخلاء عليها ، وليس من المتصور أن يكون مؤجر العين - وهو يملكها فى الأعم من الأحوال - قد عطل مختاراً - ونهائياً - الحقوق التى تتصل باستعمالها واستغلالها ، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر .

وحيث أن ما تقدم يبدو جلياً بوجه خاص من خلال أمرين :

اولهما : أن الأقرباء بالمصاهرة الذين تؤول اليهم منفعة العين المؤجرة وفقاً للنص المطعون فيه ، يتحايلون عادة مع مستأجرها الأصلى متربصين بالمؤجر ختالاً ، ومتخذين انتهازاً من إقامتهم فيها للمدة التى تطلبها المشرع ، موطئاً لإبقائها تحت سيطرتهم لا ينتزعها منهم أحد ، بل تتصل أيديهم بها تعاقباً عليها ، ليكون بعضهم لبعض ظهيراً ، فلا ينفكون عنها أو يبرحونها ، ومن ثم يكون الاصطناع طريقهم للتسلط عليها والانفراد بها من دون مؤجرها .

ثانيهما : أن الأقرباء الذين عينهم النص المطعون فيه ، ينقلبون بعد تخلى المتعاقد على الإيجارة عنها إلى مستأجرين أصليين للعين التى كان يشغلها ، فإذا هجرها هؤلاء بعدئذ بقصد تركها وعدم العودة اليها ، كان لم شاركوهم سكناها - بالشروط التى بينها النص المطعون فيه - أن يطلبوا تحرير عقد إيجار بأسمائهم - وبوصفهم كذلك مستأجرين أصليين لها - ليطرد اتصال أجيالهم بها لا يفارقونها ، ولو بعد العهد على العقد الأول ، فلا ترد لصاحبها أبداً - ولو كان فى أمس الاحتياج إليها - ما ظل زمامها بيد من يتداولونها لا يتحولون عنها .

وليس ذلك إلا تعظيماً لحقوقهم يكاد أن يلحقها بالحقوق العينية التى يباشر صاحبها بموجبها ووفقاً للقانون - سلطة مباشرة على شئ معين ليستخلص منه فوائده دون وساطة من أحد وهو ما يناقض خصائص الإيجارة باعتبار أن طرفيها فى اتصال دائم طوال مدتها مما اقتضى ضبطها تحديداً لحقوقهما وواجباتهما ، وهى

فوق هذا تقع على منفعة الشيء المؤجر لا على ملكيته ولا ترتب للمستأجر غير الحقوق الشخصية يباشرها قبل المدين .

وحيث أن النص المطعون فيه ينحدر كذلك بحقوق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية ، مرجحاً عليها مصالح لا تدانيها ولا تقوم إلي جانبها أو تتكافأ معها ، ومآل حمايتها حرمان مؤجر العين منها حرماناً مؤبداً ترتيباً على انتقال منفعتها إلى الغير انتقالاً متتابعاً متصلاً ممتداً فى أغوار الزمن ، وهو بعد انتقال يعتد بإرادة المؤجر فى معدتها الحقيقى ، بل يقوم فى صوره الأكثر شيوعاً على التحايل على القانون ، والتدليس على المؤجر ، وهو ما يعد التواء بالإيجارة عن حقيقة مقاصده ، وإهداراً لتوازن لا يجوز أن يختل بين أطرافها ، واقحاماً لغرباء عليها انحرافاً عن الحق ، ونكولاً عن الصالح العام .

وحيث أن ما تقدم مؤداه أن النص المطعون فيه ينحل إلى عدوان على الملكية من خلال نقض بعض عناصرها ، وهو بذلك لا يندرج تحت تنظيمها ، بل يقوم على إهدار كامل للحق فى استعمالها واستغلالها ، ملحقاً بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش ، فقد انشأ هذا النص حقوقاً مبتدأة - بعيدة فى مداها - منحها لفئة بذاتها من أقرباء المستأجر الأصلى ، اختصها دون مسوغ واصطفاها فى غير ضرورة ، بتلك المعاملة التفضيلية التى تقدم المنفعة المجلوبة على مخاطر المفاسد ودرء عواقبها ، حال أن دفع المضرة أولى اتقاء لسوءاتها وشرورها ، ولأن الأصل حين تتزاحم الأضرار على محل واحد ، أن يكون تحمل أخفها لازماً دفعاً لأفدحها .

وكان ينبغى - من ثم - أن يترسم النص المطعون فيه تلك الضوابط التى تتوازن من خلالها العلائق الإيجارية بما يكون كافلاً لمصالح أطرافها غير مؤد إلى تنافرها ، ليقيمها على قاعدة التضامن الاجتماعى التى أرستها المادة (٧) من الدستور ، والتى تؤكد الجماعة من خلالها القيم التى تؤمن بها ، وترعى استقرارها ، وهى حدود ما كان يجوز أن يتخطاها المشرع ، وإلا كان منافياً المقاصد الشرعية التى ينظم ولى الأمر الحقوق فى نطاقها لاسيما وأن النص المطعون فيه - بالصيغة التى أفرغ فيها - يفتح للتحايل على القانون أبواباً ينفذ الانتهاز منها دون عائق ، ويتحقق ذلك كلما دعا مستأجر العين الأصلى - وقد أضمر نية التخلى عنها - من يطمئن اليه أو يؤثره من أقربائه الذين عينهم النص المطعون فيه - وبالشروط التى حددها - لسكناها مدة محدودة قد لا تربو على المدة التى ظل خلالها شاغلاً لها مهما بلغ قصرها ، ليكتمل بفواتها حق هؤلاء الأقرباء فى الاستقلال بها مع إقصاء المؤجر دوما عنها ، وهو ما يخل بالحدود التى ينبغى أن يتم تنظيم الملكية فى نطاقها ، ويصم النص المطعون فيه بإهدار أحكام المواد (٢ ، ٧ ، ٣٢ ، ٣٤) من الدستور .

وحيث أن الحكم بعدم دستورية النص المطعون عليه - فى الحدود السالف بيانها - يعنى سقوط الأحكام التى أحالت إليه ، وتضمنتها المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية ما تضمنته المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من استمرار عقد إيجار المسكن - عند ترك المستأجر الأصلى له - لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة الذين أقاموا معه فى العين المؤجرة مدة سنة على الأقل سابقة على تركه العين أو مدة شغله لها أيتهما أقل ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

(٩)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٨ أبريل سنة ١٩٩٥م الموافق ٨ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور/ محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور/ عبد المجيد فياض وعدلى محمود منصور

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدى أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٩ لسنة ١٤ قضائية « دستورية ».

المقامة من :

السيد / فريق متقاعد سعد محمد الحسينى الشاذلى

ضد

١ - السيد / رئيس الجمهورية

٢ - السيد / رئيس مجلس الوزراء

٣ - السيد / وزير الدفاع

٤ - السيد / رئيس مجلس الشعب

٥ - السيد / رئيس مجلس الشورى

الإجراءات

بتاريخ الثامن عشر من يونيو سنة ١٩٩٢ أودع المدعى قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة طالباً الحكم بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ فيما تضمنه من « إسقاط اسمه من تاج قمة جميع مرؤوسيه أبطال حرب أكتوبر المكرمين فيه وما تضمنه من حرمانه من جميع حقوقهم وكل مميزاتهم المقررة لهم فيه » .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها أصلياً عدم قبول الدعوى ، واحتياطياً رفضها .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - حسبما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى كان قد أقام أمام محكمة جنوب القاهرة دعواه الموضوعية رقم ١٢٨٣٠ لسنة ١٩٨٣ مختصماً فيها المدعى عليهما الأول والثالث فى الدعوى الراهنة ، طالباً الحكم عليهما متضامنين بتقرير « حقوقه الناشئة عن انتهاء خدمته والزامهما بأداء هذه الحقوق إليه » وقال شرحاً لتلك الدعوى أنه عين فى ١٦ مايو سنة ١٩٧١ رئيساً لهيئة أركان حرب القوات المسلحة ، وقامت الهيئة برئاسته بالتخطيط والإعداد لحرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ ، ورقى إلى رتبة الفريق فى ٥ يناير سنة ١٩٧٢ ، ونال فى ١٩

فبراير سنة ١٩٧٤ - وإبان عمله سفيراً لمصر فى المملكة المتحدة - وسام نجمة الشرف اعتباراً من يوم السادس من أكتوبر سنة ١٩٧٣ تقديراً لما قام به من إعداد وتخطيط للعمليات الحربية ، واستمر يعمل سفيراً بوزارة الخارجية إلى أن أعفى من منصبه ، وبتاريخ ٢٥ يونيو سنة ١٩٧٨ ، قامت وزارة الدفاع بتسوية معاشه اعتباراً من هذا التاريخ دون أن تخطره ببيانات حقوقه التأمينية ، وقامت بتحويل دفعات مالية إلى حسابه بالبنك الأهلى المصرى بمصر الجديدة ، ثم أوقفت تحويلاتها اعتباراً من الثامن من يونيو سنة ١٩٨١ لصدور قرار من المدعى العام الاشتراكى بالتحفظ على أمواله ، رغم أن أمواله التى حكم قضاء القيم بفرض الحراسة عليها لم تتضمن المعاش المستحق له ، وأضاف قائلاً أنه ، إذ يستحق - فضلاً عن المعاش - كامل ماهيات ومرتبات ومخصصات رئيس هيئة أركان حرب القوات المسلحة لمدى حياته واعتباراً من تاريخ انتهاء خدمته فى ٢٥ يونيو سنة ١٩٧٨ تنفيذاً للقرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ الذى صدر تكريماً لقادة حرب أكتوبر ، فإنه يقيم دعواه الموضوعية بالطلبات المشار إليها آنفاً ، وأثناء نظر النزاع الموضوعى ، دفع بعدم دستورية القرار بقانون المشار إليه ، وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه ، وصرحت له بالطعن بعدم الدستورية ، فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث أن المدعى ينعى على القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ بشأن تكريم كبار قادة القوات المسلحة خلال حرب أكتوبر ، والاستفادة من الخبرات النادرة للأحياء منهم ، مخالفته لنصوص المواد ٢ ، ٨ ، ٩ ، ١٢ ، ١٣ ، ٤٠ من الدستور ، وذلك فيما تضمنه هذا القرار بقانون من إسقاط اسمه من قائمة مرؤوسيه قادة حرب أكتوبر الذين تم تكريمهم ، رغم حصوله على وسام نجمة الشرف بعد انتهاء العمليات الحربية تقديراً لامتيازه فى مجالها تخطيطاً وإعداداً وتنفيذاً ، وبذلك يكون ذلك القرار بقانون قد البس الحق - وهو اسم الله تعالى - بالباطل ، إذ حرم من قاتل ومهد ودبر وأعد عدة القتال متقدماً على غيره ، من الحقوق التى كفلها لسواه ممن هم أقل منه عملاً ، وأخل بذلك بمبدأ المساواة أمام القانون ، وبتكافؤ الفرص بينه وبين جميع مرؤوسيه الذين شملهم التكريم ، وإن كان هو الأحق منهم وليس من الإسلام فى شىء ، ولا من العدل ، ولا من الشريعة الإسلامية فى مبادئها العظيمة ، ولا من الأخلاق أو الوطنية ، ولا من حق العمل ، ولا من الطابع الأصيل للأسرة المصرية ، ولا من قيمها وتقاليدها وآدابها وتراثها ، أن تسقط السلطتان التشريعية والتنفيذية تقديرهما للمدعى ، وأن تتغافلا عن امتيازه فى التخطيط للعمليات الحربية وإدارتها وتنفيذها .

وحيث أن المحكمة الدستورية العليا - وقبل تعرضها للمطاعن المثارة فى الدعوى الدستورية الماثلة - يعنيها أن تؤكد أن قادة وجنود هذا النصر العظيم فى أكتوبر - وبوجه خاص من أداروا حربها إعداد وتطويراً ، إقداماً وإلتحاماً ، بذلاً وفداءً ، وعزماً وتصميماً ، جرأة واقتداراً ، اندفاعاً واقتحاماً ، عزة وأملاً ، نضالاً بالدماء وإرواءً بالعرق والدموع لا يهنون ولا يتخاذلون ولا يمارون ، شرعتهم الحق موئلاً ، وعقيدتهم النضال إصراراً جميعهم من هذه الأمة العظيمة فى أعماق قلبها ، أعادوا إليها إشراقها وضياء وجهها رفعوا بإيمانهم هامتها وما تفرقوا وأقاموا لبأسها دعائم من قوة النيران ، أحاطوا بنبضهم أمتهم مصر ، الرائدة أبداً ، الباقية خلداً ، ما زاغ بصرهم عنها وما تولى ، فكانوا معها وبها ، إرادة لا تلين ولا تقهر ، تقتلع من الحياة أعداءها وترد إليها ينابيعها لتظل للحرية آفاقها لتعلو راياتها فوق كل الجباه .

وحيث أن إدراج اسم المدعى بين المشمولين بالتكريم أو تصدره لهم ، وحصوله بالتالى على الحقوق المالية التى فصلها القرار بقانون المطعون فيه - وهى محل دعواه الموضوعية - يفترض أن يظل هذا القرار بقانون قائماً فيما نص عليه بشأنها ، وكان ما قرره وكيل المدعى من أن مصلحة المدعى كما تتحقق على النحو المتقدم ، فإنها تتوافر كذلك إذا ما أبطلت المحكمة الدستورية العليا هذا القرار بقانون حتي لا يفيد من النصوص القانونية التى اشتمل عليها ، من كانوا دونه رتبة وجهداً ، مردود بأن ذلك منه يهدم دعواه الموضوعية من أساسها ولا يقيم بنيانها ، ذلك أن الحكم بعدم دستورية هذا القرار بقانون فى مجمل أحكامه ، يعنى تجريدها من قوة نفاذها ، وزوال الآثار القانونية التى رتبتها ، لتؤول عدماً فلا تولد حقاً لأحد ، ولا يقوم بها مركز قانونى لا للمدعى ولا لغيره ، ولتفقد الحقوق المالية - محل دعواه الموضوعية - دعامتها بل أن اتصال دعواه الموضوعية بالنصوص المطعون عليها ، شرط لقبول دعواه الدستورية على ما جري عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن المصلحة الشخصية المباشرة فى تلك الدعوى مناطها ارتباطها بالمصلحة القائمة فى النزاع الموضوعى ، وذلك بأن يكون الحكم فى المطاعن الدستورية مؤثراً فى موضوع النزاع المتصل بها والمطروح على محكمة الموضوع .

وحيث أن البين من أحكام القرار بقانون المطعون فيه ، وكذلك ما جاء بصدده بتقرير لجنة الأمن القومى والتى تعرض لهما المحكمة الدستورية العليا بالقدر اللازم للفصل فى اختصاصها - أن ما توخاه هذا القرار بقانون ، هو أن يكون التكريم مقصوراً على عدد محدود من قادة حرب أكتوبر ، يتولون بنص مادته الثانية تقديم المشورة فى الشئون العسكرية ذات الأهمية الخاصة التى يطلب منهم إبداء الرأى فيها ، وذلك طوال حياتهم ، ودون أن يكون تكليفهم بذلك مؤدياً إلى شغلهم لوظائف محددة داخل الهيكل التنظيمى للقوات المسلحة ، ليظل الباب مفتوحاً أمام غيرهم ممن يستحقون الترقى إلى وظائف القيادة بذات القدرة والكفاءة التى توفرت لمن سبقهم من قادة حرب أكتوبر الباقية فى ذاكرة التاريخ أبداً .

وحيث أن ما تقدم يعنى ، أن عدداً غير قليل ممن خططوا لحرب أكتوبر وأداروها وكانوا من كبار قادتها - كقواد الجيوش وقواد الفرق - لم يشملهم القرار بقانون المطعون منه ، وإنما اقتصر التكريم على عدد محدود من بينهم ، « رمزاً لجموعهم » ، ليعهد إليهم دون غيرهم بالمهام التى حددتها المادة الثانية من القرار بقانون المشار اليه ، وهى مهام مدارها مشورة يقدمونها - عند طلبها - فى مجال الشئون العسكرية الهامة التى تمرسوا فيها ، وكانوا من خبرائها ولا يعتبر قصرها عليهم ملقياً بظلال من الريبة على من عداهم أو نافياً لأهليتهم ، أو إنكاراً لجدارتهم أو تميزهم .

وحيث أن إدراج اسم المدعى بين هؤلاء الذين شملتهم المادة الأولى من القرار بقانون المطعون فيه أو على رأسهم ، لا يستقيم إلا من أحد مدخلين أو وفقاً لأحد معيارين :

أولهما: أن يكون هذا القرار بقانون - مجدداً نطاقاً على ضوء الأغراض التى سعى إلى تحقيقها - منصرفاً إلى عدد محدود من القادة تنتظمهم جميعاً دائرة واحدة تكون أقدمية الرتبة العسكرية إطاراً لها وعندئذ يكون الأقدم هو الأحق بالتقدير ، ولو لم يكن هو الأجدر بما أداه من جلائل الأعمال إبان تلك الحرب .

ثانيهما : أن يكون هذا القرار بقانون مبجلاً لكل القادة الذين كان دورهم فى العمليات الحربية ظاهراً ، بأن كان بلاؤهم فى التخطيط لها أو إعدادها أو تنفيذها مشهوداً ، وعندئذ يكون الأجدر هو الأحق بالتقدير ، ولو لم يكن هو الأقدم .

وحيث أن المعيار الأول لا تظاهره أحكام القرار بقانون المطعون منه ، وذلك من جهتين :

أولهما : أن ما توخاه هذا القرار بقانون حقاً وقصد إليه عملاً ، هو أن يكون تعظيم عدد من قادة تلك الحرب ، رمزاً لتقدير كل من قام بدور رائد فيها بما مؤداه أن انحصار التكريم فى عدد محدود من بينهم ، لا يعنى أن من عداهم كانوا أقل شأناً أو جهداً .

ثانيهما : أن كل تكريم يفترض تقييماً موضوعياً يدور حول أعمال بذاتها يكون هو محورها ويتعين بالتالى أن يكون الأساس فيه مقاييس واقعية قوامها ما أداه نفر من القادة من أعمال تشهد بتميزهم وتؤكد تفوقهم من دون الآخرين ، وهو ما يقتضى وأن أعمالهم وترتيبهم فيما بينهم على ضوئها ، ولا يتصور - من ثم - أن يكون مناط التقدير عائداً إلى أقدمية الدرجة الوظيفية منظوراً إليها استقلالاً عن أية عوامل تتداخل معها أو تقترن بها ، إذ لا شأن لأقدميتهم تلك بإقدامهم أو تضحياتهم ، وهو ما أكده تقرير لجنة الأمن القومى والتعبئة القومية حين أبان عن أن من شملهم التقدير كانوا عوناً لمصر فى تحقيق نصرها العظيم من خلال مبادأتهم وقدرتهم على إدارة العمليات الحربية الحديثة واتخاذ قراراتها السليمة بكفاءة نادرة مع تحملهم لكامل مسئولياتها وفقاً لتطوراتها ، ولم يكن معيار التقييم بالتالى شكلياً أو جامداً .

وحيث أن موضوعية التقييم هى وحدها التى يمكن أن يتحقق بها التكافؤ بين المراكز القانونية المتماثلة ، وهى وحدها التى يتصور أن يكفل المشرع من خلالها نوعاً من المساواة القانونية بين المتماثلين جهداً وعرقاً غير أن إعمال المحكمة الدستورية العليا للمقاييس الموضوعية التى يتحدد وفقاً لضوابطها من يكون أهلا للتقدير - ومن ثم الحصول على الحقوق المالية التى نص عليها القرار بقانون المطعون عليه - يفترض أمرين :

أولهما : أن يتناول التقييم كل الأعمال التى كان لها شأن هام فى العمليات الحربية سواء فى مجال الإعداد لها أو إدارتها أو تنفيذها ، وهو ما يخرج عن المجال الطبيعى لذلك القرار بقانون إذ توخى ألا يكون التقييم منصرفاً إلى هؤلاء فى مجموعهم ، ولا محيطاً بغالبيتهم ، بل رمزياً منحصراً فى عدد محدود من بينهم .

ثانيهما : أن يكون القرار بقانون المطعون فيه مفصلاً للعناصر التى تقوم عليها هذه المقاييس الموضوعية ، وأن يكون بيد المحكمة الدستورية العليا الوسائل القضائية التى توازن بها بين هذه الأعمال على ضوء تلك المقاييس لتحدد وفقاً لضوابطها الأحق والأجدر بالتقدير ، يؤيد ذلك أن التكافؤ فى المراكز القانونية - وهو مناط الحماية التى كفلها مبدأ المساواة أمام القانون - يفترض اتحادها فى العناصر التى تكونها ، فإذا كانت تلك العناصر جميعها دائرة - ابتداء وانتهاء - حول مسار العمليات الحربية ، ونتائجها ، وقدر إسهام كل من القادة فيها فإن زمام تقديرها يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى .

(١٠)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٨ أبريل سنة ١٩٩٥م الموافق ٨ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور/ محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /
حنفى على جبالى
رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /
حمدى أنور صابر
أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية « دستورية ».

المقامة من :

السيد / رئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول

السيد / رئيس مجلس إدارة الشركة العامة للبترول

السيد / رئيس مجلس إدارة شركة بترول خليج السويس « جابكو » .

السيد / رئيس مجلس إدارة شركة بترول بلاعيم « بترويل » .

ضد

١ - السيد / رئيس مجلس الوزراء

٢ - السيد / نقيب نقابة المهن العلمية

الإجراءات

بتاريخ ٣ مايو سنة ١٩٩٣ ، أودع المدعون صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالبين الحكم بعدم دستورية الفقرة (د) من البند الرابع من المادة (٧٩) من القانون رقم ٨٠ لسنة لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن العلمية المعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٣ .

قدمت كل من هيئة قضايا الدولة ونقابة المهن العلمية مذكرة بدفاعها .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن نقابة المهن العلمية ، كانت قد أقامت الدعوى رقم ١٢٦١٤ لسنة ١٩٨٨ أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ضد عدد من الشركات المنتجة لكيماويات صناعة البترول ، لإلزامها بأن تؤدى إليها قيمة دمغة نقابة المهن العلمية المستحقة عليها ، وما يستجد من مبالغها وقدرها قرش صاغ واحد عن كل برميل من البترول الخام ، وذلك ابتناء على أنها دين تقرر فى ذمتها بمقتضى حكم الفقرة (د) من البند الرابع من المادة (٧٩) من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن العلمية المعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٣ وقد أدخلت نقابة المهن العلمية ، الهيئة المصرية العامة للبترول خصماً فى دعواها الموضوعية لتسمع الحكم بالطلبات الآنف بيانها ، وبجلسة ٢٧ أكتوبر ١٩٩١ دفعت الهيئة المصرية العامة للبترول بعدم دستورية تلك الفقرة . وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع ، فقد صرحت للهيئة برفع الدعوى الدستورية ، فأقامها .

وحيث أن هيئة قضايا الدولة دفعت بعدم قبول الدعوى الماثلة بمقولة أن النص المطعون فيه واضح فى أن التمغة التى فرضها لصالح نقابة المهن العلمية عن إنتاج كل برميل بترول من المواد الخام ، تعتبر جزءاً من عناصر التكلفة ، ولن تتحمل بالتالى الشركات التى تعمل فى هذا الحقل بمبالغها ، ذلك أن عبئها ينقل عادة إلى من يستهلكون البترول الخام أو يقومون بشرائه ، ومن ثم يقتصر دور هذه الشركات على مجرد تحصيلها ، هذا بالإضافة إلى أن البترول المنتج ليس

مملوكاً لها ولا للهيئة المصرية العامة للبترول ، بل عائداً أصلاً إلى الدولة ، وقد ألزم قانون نقابة المهن العلمية الخزانة العامة إذا قل ثمن بيع المنتجات البترولية عن تكلفتها ، بالفرق بينها ، بما مؤداه أن تطبيق النص المطعون فيه لن يضر بمصالح المدعين وليس له من أثر يمس حقوقهم ، ولا يقبل كذلك من الهيئة المصرية العامة للبترول - وهي فرع من فروع الدولة - الطعن بعدم دستورية نص تشريعي ، ذلك أن الحكومة تعد من ذوى الشأن في الدعاوى الدستورية جميعها عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

وحيث أن هذا الدفع بوجهيه :-

مردود أولاً : بأن نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا من أن الحكومة تعتبر طرفاً ذا شأن في الدعاوى الدستورية ، قد توخى إعلانها بصحائفها ، ومن ثم إعلامها بالنصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور لتحدد موقفها من المطاعن المنسوبة إليها ، ولا يعني ذلك على الإطلاق أن تؤيد الحكومة دوماً دستورية تلك النصوص لتجهض المطاعن الموجهة إليها حتى ما كان منها صحيحاً ، إذ لو جاز ذلك - وهو غير صحيح - لكان التزامها بالتقيد بالشرعية الدستورية لغواً ، ونزولها على ضوابطها تحرصاً ، وإرساؤها لركائزها وهما ، وإدعاؤها الحرص علي إنفاذها زيفاً ، ونهجها في جال صونها بدداً ، وسعيها لتثبيتها منفصلاً عن حقائقها الموضوعية ، منصرفاً إلى أهدابها الشكلية ، فلا تقيم لسيادة الدستور وزناً .

ومردود ثانيا : بأن الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها ، ذلك أن قوامها مقابلة النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور ، بالقواعد التي فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية لإلزامها بالتقيد بها في ممارستهما لاختصاصاتهما الدستورية . ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية ، أو هي بالأحرى محلها ، وهي لا تبلغ غايتها إلا بإهدار تلك النصوص بقدر تعارضها مع الدستور وقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأنها يحوز تلك الحجية التي تطلق آثارها في مواجهة الدولة على امتداد تنظيماتها وتعدد مناحي نشاطها ، وكذلك بالنسبة إلى الأغيار جميعهم . ومن ثم لا تنحصر آثار أحكامها فيمن يكون طرفا في الخصومة الدستورية ، سواء باعتباره خصماً أصيلاً أو منضماً ، بل يكون سريانها على من عداهم التزاماً مترتباً في حقهم بحكم الدستور.

ومردود ثالثا : بأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتغيأ أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية ، وليس من معطياتها النظرية ، أو تصوراتها المجردة ، وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية ، ويرسم تخوم ولايتها ، فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي ، وبالقدر اللازم للفصل فيها . ومؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم ، سواء أكان هذا الضرر وشيكاً يتهددهم أم كان قد وقع فعلاً . ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور ، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها ، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته ، عائداً في مصدره إلى النص المطعون عليه . فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على من ادعي مخالفته للدستور ، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه ، أو كان قد أفاد من مزاياه ، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه ، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة . ذلك أن ابطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها ، لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد

الفصل فى الدعوى الدستورية ، عما كان عليه قبلها . ولا يتصور بالتالى أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم فى الشئون التى تعنيهم بوجه عام ، أو أن تكون نافذة يعرضون منها ألواناً من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها ، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها . بل تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها - التى كثيراً ما تؤثر فى حياة الأفراد وحرمانهم وحرياتهم وأموالهم - بما يكفل فعاليتها . وشرط ذلك اعمالها عن بصر وبصيرة ، فلا تقبل عليها إندفاعاً ، ولا تعرض عنها تراخياً ، ولا تقتحم بممارستها حدوداً تقع فى دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية . بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذاً أخيراً ونهائياً ، وأن تدور وجوداً وعدماً مع تلك الأضرار التى تستقل بعناصرها ، ويكون ممكناً إدراكها ، لتكون لها ذاتيتها ، ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهماً أو منتحلاً أو مجرداً in abstracto أو يقوم على الافتراض أو التخمين Conjectural ولازم ذلك ، أن يقوم الدليل جلياً على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه ، وأن يسعى المضرور لدفعها عنه ، لا ليؤمن بدعواه الدستورية - وكأصل عام - حقوق الآخرين ومصالحهم ، بل ليكفل إنفاذ تلك الحقوق التى تعود فائدة صونها عليه in Concreto والتزاماً بهذا الإطار ، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة شرط لقبول الدعوى الدستورية ، وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم فى المطاعن الدستورية لازماً للفصل فى النزاع الموضوعى . متى كان ذلك ، وكان الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه ، يعنى امتناع تحصيل الضريبة التى فرضها وانهدام الأساس الذى تقيم عليه نقابة المهن العلمية دعواها الموضوعية لطلبها ، فإن مصلحة المدعين فى الدعوى الدستورية تكون متوافرة ، ولا ينال منها قالة أن الضريبة المطعون عليها يعتبر مبلغها - وبصريح قانون إنشائها - جزءاً من عناصر تكلفة البترول الخام ، وأن الملتزم بالضريبة لن يتحمل بالتالى بعينها ، ذلك أن كل زيادة فى تكلفة الإنتاج بقدر قيمة الضريبة التى أضافها المشرع إليها ، تؤثر بالضرورة فى فرص تسويق ذلك البترول التى تتحكم فيها قوانين عرض هذه السلعة فى الأسواق الدولية وطلبها .

وحيث إنه فضلاً عما تقدم ، فإن البين من الأوراق أن نقابة المهن العلمية هى التى أدخلت الهيئة المصرية العامة للبترول خصماً فى دعواها الموضوعية رقم ١٢٦١٤ لسنة ١٩٨٨ مدنى جنوب القاهرة ليحكم عليها - بالتضامن مع شركة السويس للزيت - بدفع قيمة دمغة النقابة التى تقوم بوقوعها فى ذمتها المالية ومقدارها ١٥٦٨٦١٠ جنيهات .

وإذا كان من المقرر أن للدائن - وكلما تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم بناء على اتفاق أو نص فى القانون - الرجوع ابتداء على أيهم فلا يكون للدائن مدين واحد بل أكثر من مدين ، يلزم كلا منهم نحوه بكامل الدين ، ذلك أن التضامن بين المدينين وإن دل على تعدد روابطهم مع الدائن ، إلا أن الالتزام يظل موحد المحل ، ولكل مدين بالتالى الوفاء بكل الدين للدائن ، ويعتبر هذا الوفاء مبرئاً لذمة المدينين الآخرين قبل دائنهم ، متى كان ذلك ، وكان الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه ، مؤداه سقوط التزام المدينين المتضامنين جميعهم بالدين المدعى به قبلهم ، وامتناع الرجوع على أحدهم بمقداره ، فإن قالة انتفاء مصلحة الهيئة المصرية العامة للبترول فى الطعن الماثل لا يكون لها من سند .

وحيث أن انضمام بعض الشركات المنتجة للبترول إلى الهيئة المصرية العامة للبترول فى دفعها بعدم

الدستورية ، وبقاء طلبها التدخل انضماماً إليها مطروحاً على محكمة الموضوع دون أن تقضى برفضه ، يعنى قبولها ضمناً لتدخلها ، ولا سيما وأن المتداخلين انضماماً يدافعون عن عين المصالح التى تسعى الهيئة المصرية العامة للبترول لتأمينها وحمايتها .

وحيث أن المدعين ينعون على النص التشريعى المطعون فيه ، مخالفته للمواد (٨ ، ٢٥ ، ٣٨ ، ٤٠ ، ٥٦ ، ١١٩) من الدستور ، قولاً بأن الدستور حرص فى بيان المقومات الأساسية للمجتمع على أن ينص فى المادة الثامنة منه على أن تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين ، ونص كذلك فى المادة (٢٥) على أن لكل مواطن نصيباً فى الناتج القومى يحدده القانون بمراعاة عمله وملكيته غير المستغلة ، وقد انزلق النص المطعون فيه إلى مخالفة الدستور ، بأن منح نقابة المهن العلمية دون غيرها ، نصيباً من هذا الناتج مقطوع الصلة بعملها أو ملكيتها . هذا فضلاً عن أن الأصل فى النظام الضريبى وفقاً لنص المادة (٣٨) من الدستور هو أن يقوم على العدالة الاجتماعية ، وقد اختل فى النص المطعون فيه اعتبار « العدالة » حين أفرد نقابة المهن العلمية بميزة مالية حرم منها مثيلاتها بغير مبرر مفهوم وناقض بذلك - ومن جهة ثانية - مبدأ المساواة أمام القانون وهو مبدأ يفترض وجود علاقة منطقية بين أساس التمييز ، والنتيجة التى رتبها المشرع عليه ، وليس ثمة دليل على وجود هذه العلاقة فى النص المطعون فيه ، ذلك أن العلميين لا يسهمون وحدهم فى عمليات إنتاج البترول ، بل لعل إسهامهم - فى ضوء تحديد قانون نقابة المهن العملية لأهدافها - أن يكون أقل بكثير من غيرهم ممن حرمهم النص المطعون فيه من هذه الميزة التى اختص بها أعضاء نقابة المهن العلمية . كذلك فإن الأصل فى الضريبة أن يكون تشريعها متوخياً أساساً فرضها لضمان التقيد بالعوامل التى تحكم السياسة الضريبية ، ولا كذلك النص المطعون فيه ، إذ فرض الضريبة المطعون عليها بمناسبة تنظيم نقابة بذاتها هى نقابة المهن العلمية واختص أعضاءها بالإفادة من عائدها لرعاية مصالحهم ، وهو بذلك يفرض تكليفاً مالياً نحو غير المخاطبين بقانون نقابة المهن العلمية ، ويوجهه كله لصالح أعضائها ، والتجاء المشرع إلى فرض الضريبة بطريقة عرضية من خلال قانون غير ضرائبى ينظم مهنة أو نقابة معينة ، هو الذى يثير شكاً فى دستوريته لخروجه على مقتضى نص المادة (١١٩) من الدستور .

وحيث أن الهيئة المصرية العامة للبترول قدمت خلال فترة حجز الدعوى للحكم - مذكرة أوضحت فيها أن الفرائض المالية جميعها - ومن بينها ضريبة الدمغة المتنازع على استحقاقها - لابد أن يتم تقريرها فى إطار الضوابط الشكلية والموضوعية التى حددها الدستور ، وعلى رأسها احترام الملكية الخاصة ، ومبدأ المساواة أمام القانون ، ذلك أن استحقاق العلميين لتلك الضريبة لا يقترن بعمل من جانبهم ، ولا يقابلها تحقيق النقابة لأهدافها ، واعتبار العدالة الاجتماعية - وهي قوام النظام الضريبى - متخلف فيها وافراد نقابة العلميين بتلك الضريبة - التى لا يصححها عموم تطبيقها - لا يعدو أن يكون تمييزاً جائراً بينها وبين غيرهم ممن يسهمون بجهدهم فى إنتاج البترول ، ذلك أن التمييز لا يعتبر تصنيفاً جائزاً إلا بشرط معين ، هو أن توجد علاقة مفهومة بين أساس التمييز والنتائج التى رتبها المشرع عليه ، ولئن صح القول بأن حكم القانون لا يجوز أن يكون تحكيماً لأهواء الرجال لا يأمن الناس فيه على حقوقهم وأموالهم وحرياتهم وأعراضهم ، فإن من الصحيح كذلك أن ضريبة الدمغة التى فرضها النص المطعون فيه ، تؤخذ من الشركات المنتجة للبترول - التى لا يجوز تكليفها بدفعها - كى تختص بها نقابة المهن العلمية التى لا تستحقها دستورياً ، وهو ما يعدم أساس فرضها .

وحيث أن الحاضر عن نقابة المهن العلمية ، قدم كذلك مذكرة أبان فيها عن أن نقابة المهن العلمية تعد من أشخاص القانون العام التى يجوز تخويلها نصيباً من السلطة العامة تستعين بها على أداء رسالتها ، وقد درج المشرع على أن يعاون النقابات المهنية على أداء رسالتها من خلال فرائض مالية تقتضيها لصالحها ، وأن هذا الذى سار عليه العمل يمثل عند البعض عرفاً دستورياً ، وأن كانت المادتان (٦١ و١١٩) من الدستور تسمحان للمشرع بفرض هذه الفرائض المالية ، ذلك أن ما نص عليه الدستور - فى المادة ٦١ - من أن اداء الضرائب والتكاليف العامة واجب وفقاً للقانون ، يعنى أنها لا تنحل إلى مجرد حقوق للمنتفعين بها ، بل تعد كذلك واجباً على المكلفين بها لا يمكن أن يتنصل منه أحد ، كذلك فإن البين من نص المادة (١١٩) من الدستور ، أن الضريبة غير العامة هى التى لا يكون المواطنين جميعهم مكلفون بها ، أو لا يتم تطبيقها على امتداد النطاق الإقليمى للدولة كالضرائب المحلية والضرائب المرفقية ، ومثل هذه الضرائب يجوز فرضها فى حدود القانون فإذا فرضها القانون ، فإن اقتضاءها يكون مشروعاً وسليماً من باب أولى ولا يخل فرض ضريبة الدمغة التى كفلها النص المطعون فيه ، بمبدأ المساواة أمام القانون ، ذلك أن المركز القانونى لنقابة المهن العلمية مغاير لغيرها ، ووعاء هذه الضريبة ، هو برميل البترول الخام ، وقد حدد المشرع مقدارها فى صورة مبلغ من النقود منسوباً إلى هذا الوعاء ، وجاء فرضها متسماً بالعمومية والمساواة ، باعتبار أن المكلفين بها يتحملون بعينها دون تمييز ، ومن ثم تتوافر لهذه الضريبة - التى يتم تخصيص حصيلتها لصالح نقابة بذاتها كضريبة مرفقية ، ضوابطها الشكلية والموضوعية .

وحيث أن الفقرة (د) من البند الرابع من المادة (٧٩) من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن العلمية - وهى النص المطعون فيه - تقضى بأن تشمل إيرادات النقابة ما يلى :

بند (٤) ما تحصله النقابة من فئات دمغات المهن العلمية التى تتحملها الشركات المنتجة للكيماويات الصناعية وتعتبر جزءاً من عناصر التكلفة ، وذلك على النحو الآتى :

(أ) .... (ب) ....

(جـ) .... (د) ....

برميل من البترول الخام وأى من المنتجات البترولية المصنعة (١) قرش .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن من بين موارد النقابة ما تحصله من طوابع الدمغة ، وأن بعض فئاتها لم تعد تتلاءم مع الأوضاع المالية للنقابة بالنظر إلى ضآلتها ، وأن التطبيق العملى لحكم الفقرة الرابعة من المادة (٧٩) من قانونها ، قد أسفر عن صعوبات متعددة فى مجال تحصيل تلك الضريبة ، ومن ثم رؤى أن يكون فرضها مقصوراً على صناعة الأسمنت والسماد والصودا الكاوية والبترول الخام ...

وحيث أن من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا ، أن الضريبة العامة هى التى لا يقتصر نطاق تطبيقها على رقعة إقليمية معينة تنبسط عليها دون سواها ، ويتحدد المخاطبون بها فى إطار هذه الدائرة وحدها ، بل يعتبر تحقق الواقعة المنشئة لها على امتداد النطاق الإقليمى للدولة - وبغض النظر عن تقسيماتها الإدارية - مرتباً لدينها فى ذمة الممول ، بما مؤداه تكافؤ الممولين المخاطبين بها فى الخضوع لها دون تمييز ، وسريانها بالتالى - بالقوة ذاتها - كلما توافر مناطها فى أية جهة داخل الحدود الإقليمية للدولة ، ولا يعنى ذلك أن يتماثل الممولون فى مقدار الضريبة التى يؤدونها ، بل يقوم التماثل على وحدة تطبيقها من الناحية الجغرافية ، فالتكافؤ أو التعادل بينهم ليس فعلياً Intrinsic بل جغرافياً Geographic .

وحيث أن الدستور أعلى شأن الضريبة العامة ، وقدر أهميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التى ترتبها ، وبوجه خاص من ناحية جذبها لعوامل الإنتاج أو طردها أو تقييد تدفقها ، وما يتصل بها من مظاهر الانكماش أو الانتعاش ، وتأثيرها بالتالى على فرص الاستثمار والإدخار والعمل وتكلفة النقل وحجم الإنفاق ، وكان الدستور - نزولاً على هذه الحقائق وإعترافاً بها - قد مايز بين الضريبة العامة وغيرها من الفرائض المالية ، فنص على أن أولاهما لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها ألا بقانون ، وأن ثانيتهما يجوز إنشاؤها فى الحدود التى يبينها القانون ، ولازم ذلك أن السلطة التشريعية هى التى تملك بيدها زمام الضريبة العامة ، إذ تتولى بنفسها - من دون السلطة التنفيذية - تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها ، متضمناً تحديد الأموال المحملة بها ، وأسس تقدير وعائها ، ومبلغها والمكلفين بأدائها ، والجزاء على مخالفة أحكامها ، وغير ذلك مما يتصل ببنيانها عدا الإعفاء منها ، إذ يجوز أن يتقرر فى الأحوال التى يبينها القانون ، متى كان ذلك ، فإن نص القانون يعتبر مصدراً مباشراً للضريبة العامة ، إذ يحيط بها وينظم رابطتها فى إطار من قواعد القانون العام ، متوخياً تقديراً موضوعياً ومتوازناً لموجباتها ، وبما يكفل الانتفاع بحصيلتها فيما يعود بالنفع العام على الجماعة منظوراً فى ذلك إلى ما يحقق رخاءها .

وحيث أن الأصل أن يتوخى المشرع بالضريبة التى يفرضها أمرين يكون أحدهما أصلاً مقصوداً منها إبتداء Primary motive ويتمثل فى الحصول على غلتها لتعود إلى الدولة وحدها ، تصبها فى خزانتها العامة لتعينها على مواجهة نفقاتها ، ويكون ثانيهما مطلوباً منها بصفة عرضية أو جانبية أو غير مباشرة incidential motive كاشفاً عن طبيعتها التنظيمية regulatory nature دالاً على التدخل بها لتغيير بعض الأوضاع القائمة ، وبوجه خاص من زاوية تقييد مباشرة الأعمال التى تتناولها ، أو حمل المكلفين بها - من خلال عبئها - على التخلى عن نشاطهم ، وعلى الأخص إذا كان مؤثماً جنائياً كالتعامل فى المواد المخدرة ، وهذه الآثار العرضية للضريبة كثيراً ما تلازمها ، وتظل للضريبة مقوماتها من الناحية الدستورية ، ولا تزايلها طبيعتها هذه ، لمجرد أنها تولد آثار عرضية بمناسبة إنشائها Every tax is in some measure regulatory . To some extent it interposes an economic impediment to the activity taxed as compared with others not taxed. But a tax is not any less a tax because it has a regulatory effect tending to restrict or suppress the thing taxed بيد أن الضريبة تتجرد من خصائصها إذا كان من شأنها تدمير وعائها ، أو كان وطأة الجزاء بما يباعد بينها وبين الأغراض المالية التى ينبغى أن تتوخاها أصلاً ، وكذلك كلما قام الدليل على انتفاء المصلحة المشروعة التى تسوغها ، وهو ما يقع بوجه خاص إذا كان معدل الضريبة أو أحوال فرضها ، مناقضاً للأسس الموضوعية التى لا تقوم الضريبة إلا بها .

وحيث أن اختيار المشرع للمال محل الضريبة ، وأن كان مما يخضع لسلطته التقديرية ، وكان من المقرر كذلك أن دستورية الضريبة لا ينال منها أن تكون حصيلتها متناهية فى ضآلتها negligible أو أن يكون باعثها غير مرض بوجه عام ، أو أن يكون هدفها الحصول أصلاً من المكلفين بها على مبلغها مع تنظيم نشاطهم عرضاً بما يجعل استمرارهم فيه مرهقاً onerous كفرض ضريبة على محال القمار ، ألا أن الضريبة العامة بحكمها أمران لا ينفصلان عنها ، بل تتحدد دستوريتها على ضوئهما معاً :

اولهما : أن الأموال التى تجبيها الدولة من ضرائبها العامة وثيقة الاتصال بوظائفها الحيوية ، وبوجه خاص ما تعلق منها بتأمين مجتمعها ، والعمل على تطويره

من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية ، ذلك أن فعالية قيامها على وظائفها هذه يقتضيها أن تفور بنفسها - ومن خلال الضريبة وغيرها من الموارد - المصادر اللازمة لتمويل خططها وبرامجها ، وسبيلها إلى ذلك - وكلما عن لها إيقاع ضريبة ما على مال معين - هو أن تلجأ إلى السلطة التشريعية لإقناعها بفرضها باعتبار أن تقرير الضريبة مما يدخل فى اختصاصها ، بل هو من أكثر المهام اتصالاً بوجودها ، وأن كان اختصاصها بتنظيم أوضاع الضريبة ، لا يجوز أن يحول بينها وبين تقرير ضوابط تهيمن بها على انفاق الأموال التى جمعتها الدولة من ضرائبها ومكوسها وإتاواتها وغراماتها ودومينها الخاص ، وغير ذلك من الموارد التى تصبها فى خزانتها العامة ، لتفقد كل منها - باندماجها مع بعضها البعض - ذاتيتها ، ولتشكل جميعها نهراً واحداً لإيراداتها الكلية Consolidated Funds ومن خلال رقابتها عليها وضبطها لمصارفها ، تعمل السلطة التشريعية على إنفاذ سياستها المالية التى لا يجنح الاقتصاد معها نحو أعاصير لا تؤمن عواقبها ، وبوجه خاص فى نطاق العمالة ، وضمان استقرار الأسعار ، وصون معدل معقول للتنمية ، وكذلك حد أدنى لمواجهة أعباء الحياة ولازم ذلك أن تتقيد السلطة التنفيذية بالقواعد التى رصدتها السلطة التشريعية ليتم بموجبها الإنفاق العام ، فلا يكون إسرافاً أو تبديداً أو إرشاءً أو إغواء ، بل منضبطاً وأميناً ، مقتصداً ورشيداً ، وهى بعد قواعد لا يجوز على ضوئها جر مبالغ من الخزانة العامة قبل تخصيصها وفقاً للقانون ، بما يكفل رصدها على الأغراض التى حددها ، والتى لا يجوز أن تتحول عنها السلطة التنفيذية ، أو أن تعدل فيها بإرادتها المنفردة ، ولو واجهتها ضرورة تقتضيها إنفاق أموال غير مدرجة بالموازنة العامة أو زائدة على تقديراتها ، وتؤكد هذه المعانى بعض الدساتير الأجنبية كالدستور الأمريكى ، ذلك أن الفقرة ٧ من الفصل ٩ من مادته الأولى صريحة فى حظرها إخراج أموال من الخزانة العامة ألا بعد تخصيصها وفقاً للقانون No money shall be drawn from the treasury but in consequence of appropriations made by law وهى عين القاعدة التى كفلتها الفقرة الثالثة من المادة ١١٤ من دستور الهند ، وتدل عليها كذلك أحكام المواد ١١٥ ، ١١٦ ، ١٢٠ من دستور جمهورية مصر العربية التى تقضى أولاها بأنه يجب عرض مشروع الموازنة العامة على مجلس الشعب قبل شهرين على الأقل من بدء السنة المالية ، ولا تكون نافذة ألا بموافقته عليها ، وتقرر ثانيتهما أن نقل أى مبلغ من باب إلى آخر من أبواب الموازنة العامة لا يجوز ألا بموافقة مجلس الشعب ، كما تجب هذه الموافقة فى شأن كل مصروف غير وارد بها ، أو زائد على تقديراتها ، ويكون ذلك بقانون ، وتنص ثالثتها على أن ينظم القانون القواعد الأساسية لجباية الأموال العامة ، واجراءات صرفها .

وحيث أن ما تقدم مؤداه أن أموال الدولة بكل مكوناتها ، وكذلك ضوابط رنفاقها بهيئان معاً الظروف الضرورية التى تفى السلطة التنفيذية من خلالها بواجباتها ، ولئن ذهب البعض إلى أن تحصيل هذه الأموال وإنفاقها وجهان لعملة واحدة ، ألا أن من الصحيح أن هاتين العمليتين منفصلتان ، ولكل منهما أسسها وبواعثها ، وزن كان أنفاق المال العام وفق ضوابط صارمة ، يعد شرطاً لازماً لضمان عدم تبديده أو توجيهه لغير الأغراض التى رصد عليها . بما مؤداه أن ربط الموارد فى جملتها ، بمصارفها تفصيلاً ، وأحكام الرقابة عليها ، يعد التزاماً دستورياً يقيد السلطة التشريعية ، فلا يجوز لها أن تتنصل منه ، أو تناقض فحواه بعمل من جانبها ، إذ هو جوهر اختصاصها فى مجال ضبطها لمالية الدولة ، وإرساء قواعدها وفقاً للدستور .

ثانيهما : أن الضريبة العامة - وبغض النظر عن جوانبها التنظيمية التى تعتبر من آثارها العرضية غير المباشرة . لا تزال مورداً مالياً ، بل هى كذلك أصلاً وابتداء . ومن ثم تتضافر مع غيرها من الموارد التى تستخدمها الدولة لمواجهة نفقاتها الكلية سواء فى مجال الدفاع والأمن وغيرها من الشئون التقليدية ، أو لمواجهة ما جد من اختصاصاتها كتلك التى تتعلق بالصحة والتعليم والنقل أو لإشباع أعبائها الإجتماعية ، أو متطلباتها الاستثمارية وغير ذلك من احتياجاتها ، سواء فى ذلك تلك التى يكون طابعها منتظماً أو طارئاً ، وكان من المقرر أن نوع وحجم الإنفاق العام ، إنما يتأثر بالسياسة التى تتبناها الدولة ، والأوضاع السائدة فيها ، وبوجه خاص من النواحى الأيديولوجية التى تعكس مذهبها ، وترسم كذلك حدود أولوياتها فى مجال هذا الإنفاق ، فإن أوجهه المتعددة وضرورة إجرازها وفقاً للأوضاع التى نص عليها القانون على ضوء ضوابط الدستور ، هى التى ينبغى أن تحكم سلوكها وتبين نطاق تدخلها ، بما مؤداه أن استخدامها لمواردها تلك لا ينفصل عن واجباتها الدستورية ، وكذلك مسئولياتها فى أن تكون مصارفها مسخرة لتحقيق النفع العام لمواطنيها ، ومن ثم يكون النفع العام - أو ما يعبر عنه أحياناً بأكبر منفعة جماعية - قيداً علي إنفاقها لإيراداتها ، وكذلك شرطاً لفرضها ابتداء ، وهو يعد شرط كامن فى الضريبة العامة ذاتها باعتبار أن انصرافها إلى المخاطبين بها على امتداد الإقليمية للدولة ، يفترض أن يكون إنفاقها كافلاً لخيرهم العام ، ولو لم يجن كل منهم استقلالاً فائدة مباشرة من جراء هذا الانفاق ، فإذا لم يكن ثمة نفع عام يتصل بالأغراض التى يقتضيها صون مصالح مواطنيها ورعايتهم ، أو كان تدخلها مجاوزاً الحدود التى تيعين أن يقع الإنفاق فى نطاقها ، فإن عملها لا يكون مبرراً من الناحية الدستورية ، وتؤيد هذا النهج بعض الدساتير بنصوص قاطعة من بينها ما تقرره الفقرة الأولى من الفصل الثامن من المادة الأولى من الدستور الأمريكى من أن السلطة التى يملكها الكونجرس فى مجال فرض الضريبة والمكوس بمختلف أنواعها ، غايتها أن توفر الحكومة الفيدرالية من خلالها ، ما يلزمها للوفاء بديونها ، ولإشباع متطلباتها الدفاعية ، ولتحقيق الرخاء العام على امتداد الإقليم ، وبذلك تكن أغراض التمويل قيداً على السلطة الضرائبية يقارنها ولا يفارقها ، وحدا من الناحية الدستورية على ضوابط إنفاق المال العام ، ولا يعنى ما تقدم أن الدولة لا تستطيع تحويل بعض مواردها إلي الجهة التى تراها لتعينها بها على النهوض بمسئولياتها وتطوير نشاطها ، بل يجوز ذلك بشرطين :

اولهما : أن تكون الأغراض التى تقوم عليها هذه الجهة وفقاً لقانون إنشائها ، وثيقة الاتصال بمصالح المواطنين فى مجموعهم ، أولها اثارها على قطاع عريض من بينهم ، مما يجعل دورها فى الشئون التى تعنيهم حيوياً .

ثانيهما : أن يكون دعمها مالياً مطلوباً لتحقيق أهدافها ، على أن يتم ذلك - لا عن طريق الضريبة التى تفرضها السلطة التشريعية ابتداءً لصالحها لتعود إليها مباشرة غلتها ، بل من خلال رصد ما يكفيها بقانون الموازنة العامة وفقاً للقواعد التى نص عليها الدستور وفى إطار الأسس الموضوعية التى يتحدد مقدار هذا الدعم على ضوئها .

وحيث أن ضريبة الدمغة محل النزاع الماثل - وعلى ضوء ما قرره النص المطعون فيه يتوافر مناط استحقاقها كلما أنتج برميل من البترول الخام أيا كان موقع هذا الإنتاج لتكون لها بالتالى خصائص الضريبة العامة التى لا ينحصر تطبيقها فى رقعة أقليمية معينة ، بل يعتبر تحقق الواقعة المنشئة لها على امتداد النطاق الإقليمى للدولة ، مرتباً لدينها فى ذمة الممول ، وكان الأصل فى الضريبة - وعلى ما جرى عليه قضاء

المحكمة الدستورية العليا - أنها فريضة مالية تقتضيها الدولة من الممول جبراً ، إسهاماً من جهته فى أعبائها وتكاليفها العامة ، ويؤديها إليها بصفة نهائية ، ودون أن يعود عليه نفع خاص من وراء دفعها ، وكان من المقرر كذلك أن الضريبة التي يكون أداؤها واجباً وفقاً للقانون - وعلى ما تدل عليه المادتان ٦١ و١٩٩ من الدستور - هى التى تتوافر لها قوالبها الشكلية والأسس الموضوعية التى لا تقوم إلا بها ، وبشرط أن تكون العدالة الاجتماعية التى ينبنى عليها النظام الضريبى ضابطاً لها فى الحدود المنصوص عليها فى المادة ٣٨ من الدستور ، وكان الأصل فى الضريبة - وباعتبار أن حصيلتها تعد إيراداً عاماً - أن يؤول مبلغها إلى الخزانة العامة ليندمج مع غيره من الموارد التى تم تدبيرها ، وكان النص المطعون فيه قد فرض الضريبة المتنازع عليها - لا لتقتضيها الدولة جبراً من الملتزمين بها لمواجهة نفقاتها العامة محددة مصارفها وفق قانون الموازنة العامة ، ولتباشر من خلالها دورها بالتدخل لإشباع مصالحها بما يكفل الخير العام لمواطنيها - بل قرر النص المطعون فيه هذه الضريبة لصالح نقابة بذاتها ، واختصها بحصيلتها التى تؤول مباشرة إليها ، فلا تدخل خزانة الدولة أو تقع ضمن مواردها ليمتنع استخدامها فى مجابهة نفقاتها العامة ، ولتكون في حقيقتها معونة مالية رصدتها الدولة لتلك النقابة - لا عن طريق الضوابط التى فرضها الدستور فى شأن الإنفاق العام - ولكن من خلال قيام الضريبة المطعون عليها بدور يخرجها عن مجال وظائفها ، ويفقدها مقوماتها لتنحل عدماً ، وهو ما يقتضى الحكم بعدم دستوريتها لمخالفتها أحكام المواد ٦١ و١١٥ و١١٦ و١١٩ و١٢٠ من الدستور .

وحيث أنه إذ كان ما تقدم ، فلا محل للخوض فيما ساقه المدعون من مخالفة النص المطعون فيه لمبدأ المساواة بين العلميين وغيرهم ممن يسهمون معهم فى انتاج البترول على النحو السالف بيانه ، ذلك أن الحماية القانونية المتكافئة بين المراكز القانونية المتماثلة ، تفترض بداءة أن يكون بنيان هذه المراكز جميعها متوائماً مع أحكام الدستور ، بما يؤكد مشروعيتها ، وإذ كان تقرير الضريبة المطعون عليها مخالف للدستور مما اقتضى الحكم بإنعدامها ، وكان العدم لا يقاس عليه ، ولا مساواة فيه ، فإن مد حكمها إلى الآخرين لا يكون جائزاً .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، وكانت المادة ١٢٧ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن العلمية قد نصت على أن يعاقب بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه كل من يخالف القواعد الخاصة بدمغة النقابة المشار إليها فى البندين ٣ ، ٤ من المادة ٧٩ ، وكذلك كل من يتداول الأوراق أو العبوات أو المنتجات المشار إليها من البندين المذكورين دون استيفاء الدمغة المطلوبة ، وكان الحكم بعدم دستورية ضريبة الدمغة فى مجال تطبيقها بالنسبة للبند (٤) فقرة (د) من المادة ٧٩ المشار إليها ، يعنى بطلانها وزوال الآثار التى رتبتها فى محيط العلاقات القانونية ، وكان ما يتصل من أحكام المادة ١٢٧ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه بذلك البند ، مؤداه ارتباطهما معاً ارتباطاً لا يقبل التجزئة فإن تلك الأحكام - وبقدر هذا الاتصال - تسقط تبعاً للحكم ببطلان الضريبة المطعون عليها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية الفقرة (د) من البند (٤) من المادة رقم ٧٩ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن العلمية المعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٣ ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

(١١)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٨ أبريل سنة ١٩٩٥م الموافق ٨ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور/ محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور/ عبد المجيد فياض وعدلى محمود منصور.

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدى أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٨ لسنة ١٦ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

محمدكامل مصطفى

ضـــد

١ - السيد / رئيس مجلس الوزراء ، بصفته

٢ - السيد / وزير العدل ، بصفته

٣ - السيد / وزير المالية ، بصفته

٤ - السيد / وزير الإدارة المحلية ، بصفته

الإجراءات

بتـــاريخ ١٩ من أبريل سنة ١٩٩٤ أودع المدعي صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا ، طالباً الحكم بعدم دستورية المادة (٥١) من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ .

وقدمت هيئة قضايا مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن الوحدة المحلية لمركز ومدينة ههيا قامت بمطالبة المدعى بسداد رسوم محلية مقدارها ٢٠٩٩ جنيها ، مستحقة على مصنع الطوب المملوك لـه . وإذ نازع المدعى فى مشروعية هذه المطالبة ، فقد أقام الدعوى رقم ١٠٧٥ لسنة ١٩٩٠ مدنى كلى الزقازيق ، طالباً فى ختامها الحكم بعدم الاعتداد بمطالبة الوحدة المحلية بههيا بالرسوم المحلية المفروضة على مصنعه مع رد المبالغ التى تم تحصيلها بدون وجه حق ، وقد أحيلت هذه الدعوى إلى محكمة ههيا للاختصاص حيث قيدت برقم ٣٧٣ لسنة ١٩٩٢ مدنى ههيا . كما أقام المدعى الإشكالين رقمى ١٧٦ لسنة ١٩٩١ و٢٦٠ لسنة ١٩٩١ مدنى ههيا لوقف إجراءات التنفيذ الإدارى بالمبالغ المطالب بها . وإذ

قضت محكمة أول درجة في الدعوى رقم ٣٧٣ لسنة ١٩٩٢ مدنى ههيا برفضها ، وفى الإشكالين بقبولها شكلاً ورفضهما موضوعاً فقد أقام المدعى الاستئناف رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٩٢ أمام محكمة الزقازيق الابتدائية طالباً القضاء بإلغاء الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣٧٣ لسنة ١٩٩٢ مدنى ههيا ، والحكم بعدم الاعتداد بمطالبة الوحدة المحلية بههيا للمستأنف ، وبإلغاء الحكم الصادر فى الإشكالين رقمى ١٧٦ لسنة ١٩٩١ و٢٦٠ لسنة ١٩٩٢ مدنى ههيا والحكم بوقف التنفيذ ، وبجلسة ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٩٣ دفع المستأنف بعدم دستورية المادة (٥١) من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون نظام الحكم المحلى المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ ، فأجلت المحكمة نظر الدعوى لجلسة ٢٠ يناير ١٩٩٤ وصرحت له بإتخاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية ، فأقام الدعوى الماثلة .

وحيث أن المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص على أن :

(تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى (أ) .... (ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام أحدى المحاكم أو إحدى الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى ، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن) .

وحيث أن مؤدى هذا النص - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التى أتاح للخصوم إقامتها ، وربط بينه وبين الميعاد الذى حدده لرفعها ، فدل بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية ، فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته ، ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذى ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر ، وهذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما تصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها - تتعلق بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية التى تغيا بها المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعى فى المسائل الدستورية بالإجراءات التى رسمها وفى الموعد الذى حدده ، وبالتالى فإن ميعاد الثلاثة أشهر الذى فرضه المشرع على نحو أمر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية ، أو الميعاد الذى تحدده محكمة الموضوع - فى غضون هذا الأجل - يعتبر ميعاداً حتمياً يتعين على الخصوم رفع دعواهم الدستورية قبل انقضائه وإلا كانت غير مقبولة .

وحيث إنه كان ما تقدم ، وكان المستأنف قد دفع أمام محكمة الموضوع بجلستها المنعقدة فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٩٣ بعدم دستورية المادة (٥١) من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ ، فصرحت له المحكمة برفع الدعوى الدستورية ، إلا أنه تراخى فى إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا حتى ١٩ من أبريل سنة ١٩٩٤ أى بعد انقضاء ميعاد الثلاثة أشهر الذى قررته الفقرة (ب) من المادة (٢٩) من قانون هذه المحكمة كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية المتاح للخصوم رفعها ، فإن الدعوى الماثلة تكون غير مقبولة ، ويتعين من ثم الحكم بعدم قبولها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى ، وبمصادرة الكفالة ، وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

(١٢)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ١٥ أبريل سنة ١٩٩٥م الموافق ١٥ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور/ محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور/ عبد المجيد فياض وعدلى محمود منصور

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدى أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٦ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

السيدة / نوال عبد الغفار مرسى

ضد

١ - السيد / رئيس مجلس الوزراء

٢ - السيدة / بدور دسوقى كامل

الإجراءات

بتاريخ ٢١ فبراير سنة ١٩٩٣ أودعت المدعية قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة طالبة الحكم بعدم دستورية المادة (٣٨) من قانون النقابات العمالية ، الصادر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ .

وقدمت هيئة قضايا مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وبجلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٩٤ قررت المحكمة إعادتها إلى هيئة المفوضين لاستكمال التحضير ، وإذ أودعت هيئة المفوضين تقريرها التكميلى ، أعادت المحكمة نظرها ، وقررت إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - حسبما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أنه عند إجراء انتخابات مجلس إدارة اللجنة النقابية للعاملين باللاسلكى ، حصلت المدعية على أصوات تفوق ما حصلت عليه المدعى عليها الثانية ، التى بادرت إلى إقامة دعواها الموضوعية رقم ٧٦٧ لسنة ١٩٩١ أمام محكمة شئون العمال بالقاهرة ، مختصمة فيها وزير القوى العاملة وآخرين ، طالبة الحكم بصفة مستعجلة بوقف إعلان نتيجة الانتخابات ، والحكم بفوزها بعضوية المجلس المشار إليه بدلاً من المدعية ، وذلك على سند من أحكام المادة (٣٨) من قانون النقابات العمالية التى تحظر الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية والعضوية العاملة فى نقابة مهنية بما يزيد عن (٢٠٪) من مجموع أعضاء هذا المجلس ، وإذ دفعت المدعية - بعد تدخلها انضماماً إلى المدعى عليهم فى النزاع

الموضوعى - بعدم دستورية النص المشار إليه ، وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية دفعها وصرحت لها بإقامة الدعوى الدستورية ، فقد أقامت الدعوى الماثلة .

وحيث أن المادة (٣٨) من قانون النقابات العمالية الصادر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ تنص على ما يأتى :

« لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية ، والعضوية العاملة فى نقابة مهنية بما يزيد على ٢٠٪ من مجموع عدد أعضاء هذا المجلس ، وذلك ما لم تكن أغلبية المنظمة النقابية من المنتمين إلى نقابات مهنية » .

« ولا يجوز فى جميع الأحوال الجمع بين عضوية مجالس إدارات النقابات المهنية ، وعضوية مجالس إدارات المنظمات النقابية الخاضعة لأحكام هذا القانون»

وحيث أن المدعية تنعى على ذلك النص مخالفته أحكام المواد ٨ ، ٤٠ ، ٤٧ ، ٥٦ ، ٦٢ من الدستور ، قولاً منها بأنه يخل بتكافؤ الفرص بين المواطنين ، وكذلك بمبدأ المساواة أمام القانون ، فضلاً عن إهداره لحرية التعبير ، وكذلك الحق فى الحرية النقابية وتكوين التنظيم النقابى على أساس ديمقراطى ، وتقييده لحقى الانتخاب والترشيح .

وحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الحكم فى المسألة الدستورية لازماً للفصل فى النزاع الموضوعى ، وكان ما يتصل من هذا النزاع بالنص المطعون عليه ، إنما ينحصر فيما قرره من عدم جواز الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية والعضوية العاملة فى نقابة مهنية ، فيما يزيدعلى ٢٠٪ من مجموع مقاعد ذلك المجلس وكان عدم فوز المدعية بمقعد فى مجلس إدارة النقابة العمالية ، إنما يعود مجاوزتها تلك النسبة التى فرضها النص المطعون عليه ، مما حملها على التدخل فى الدعوى الموضوعية ، وإبداء دفعها بعدم الدستورية ، فإن نطاق الطعن الماثل ينحصر في هذه الحدود ، ولا يمتد لغيرها من أجزاء النص المطعون عليه .

وحيث أن البين من تقرير اللجنة المشتركة من لجنة القوى العاملة وهيئة مكتب اللجنة التشريعية عن مشروع القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ بشأن النقابات العمالية أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨ المشار إليها لم تكن واردة أصلاً فى المشروع المقدم من الحكومة ، وأن خلافاً داخل اللجنة المذكورة قد ثار حول نطاق حق العمال الأعضاء فى نقابة مهنية ، فى أن يكونوا أعضاء بمجلس إدارة المنظمة النقابية العمالية ، وأن الآراء التى قيل بها فى هذا الشأن ترددت بين تقرير هذا الحق على إطلاقه ، وبين القبول ببعض الحلول التى اعتبرها أصحابها حلولاً توفيقية أو واقعية أكثر منها قانونية .

فالذين قالوا بإطلاق هذا الحق ، ذهبوا إلى أن كل قيد يحد من حق العمال أعضاء النقابة المهنية فى الانضمام إلى النقابة العمالية والتمثيل فى تشكيلاتها المختلفة ، يعتبر مخالفاً للاتفاقيات الدولية ، وللدستور ، لإخلاله بالحرية النقابية ، وانطوائه على التمييز أو التقييد فى مجال العضوية النقابية ، ولخروجه كذلك على مبدأ تشكيل التنظيم النقابى على أساس ديمقراطى ، ومنافاته لقوانين النقابات العمالية فى الدول العربية والغربية والشرقية .

كذلك فإن الأصل فى النقابة المهنية هى أنها تعد من أشخاص القانون العام التى تتوخى تنظيم شئون المهنة وحمايتها من الدخلاء عليها ، مع ضمان حقوق أعضائها فى ممارستها على مسئوليتهم ولحسابهم

الخاص ، غير أن تطوراً مفجعاً أصابها ، وأخرجها عن حقيقة وظائفها ، وباعد بينها وبين المهام التى كانت تقوم أصلا عليها ، حيث انضم إليها « بقوة القانون » من لا يعملون لحسابهم ، ولا يمارسون استقلالاً مهنة حرة على مسئوليتهم بل يتبعون روساءهم فى الحكومة ووحدات الحكم المحلى والقطاعين العام والخاص ، ويؤدون عملهم تحت إشرافهم لقاء أجر مما الحق الضرر بالحركة النقابية العمالية ، وأضعفها ، بخروج هؤلاء من تجمعاتها ، وحصولهم من نقاباتهم المهنية على عديد من المزايا التى جذبتهم إليها . ولابد أن يتفاقم هذا الضرر ، وأن يزداد حدة ، إذا ماحال المشرع بين المهنيين والمنظمة النقابية العمالية ، سواء بمنعهم من الانضمام إليها أو الدخول فى مختلف تشكيلاتها ، وكذلك إذا قيد ذلك الحق بما يحد من محتواه .

يؤيد ذلك أن التمييز بين العمال على أساس المؤهل ، وتقييد حرياتهم بالتالى ، مما يعوق التقدم ، ولا يستقيم سياسياً أو تشريعياً أو قانونياً . ذلك أن تأهيل العمال غدا ضرورة لازمة إزاء تطور العلوم وتباين مناهجها ، ومن غير المتصور أن يحرم غالبية عمال المنشأة من التمثيل فى المنظمة النقابية المتعلقة بها ، لمجرد حصولهم على مؤهل أو ممارستهم لمهنة بذاتها يكون المؤهل شرطاً للقيد فى جداولها .

وعلى نقيض هؤلاء الذين أجازوا الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية والعضوية العاملة فى نقابة مهنية على إطلاق ، قال آخرون من أعضاء اللجنة المشار إليها الذين أيدوا النص المطعون عليه ، بأن تمثيل الأغلبية العددية من العمال بالمعنى السياسى للعامل ، يتحقق إذا ماكفل المشرع تمثيل المهنيين فى مجلس إدارة المنظمة النقابية بما لايزيد على ٢٠٪ من مجموع أعضاء المجلس ، باعتبار أن هذه النسبة هى التى تنسجم مع التوزيع العددى لهذين الفريقين فى المنشآت العمالية ، ولا تشكل بالتالى قيداً على الحرية النقابية ، ولا تقيم كذلك تمييزاً بين العمال ، ولا حجراً على إرادتهم فى اختيار من يقدرون جدارته لتمثيلهم ، بل أن تقريرها يدعم الحركة العمالية ، ذلك أن تجمعاتها لن تكون إلا لهؤلاء الذين يدينون بالولاء لها .

وحيث أن البين من دستور منظمة العمل الدولية ، أن مبدأ الحرية النقابية يعتبر لازماً لتحسين أوضاع العمال وضمان الاستقرار والسلام الاجتماعى ، كذلك تعامل حرية التعبير والحرية النقابية باعتبارهما مفترضين لازمين لاضطراد التقدم ، وفى هذا الإطار اعتمد المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية فى دورته الحادية والثلاثين ، الاتفاقية رقم ٨٧ فى شأن الحرية النقابية ، النافذة أحكامها اعتباراً من ٤ يوليو سنة ١٩٥٠ ، والتى تخول العمال - دون تمييز من أى نوع - الحق فى تكوين منظماتهم التى يختارونها بغير إذن سابق ، ودون تقيد بغير القواعد المنصوص عليها فى دساتيرها وأنظمتها ، وهى قواعد تصوغها بإرادتها الحرة وتنظم بها - على الأخص - طرق إدارتها وبرامجها ومناحى نشاطها ، وبما يحول بين السلطة العامة والتدخل فى شئونها ، أو الحد من ممارستها لتلك الحقوق أو تعطيلها (المواد ١ ، ٢ ، ٣ منها) ، بل أن مادتها الرابعة تنص على أن منظماتهم تلك ، لا يجوز حلها أو تعليق نشاطها عن طريق الجهة الإدارية .

وحيث أن المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية ، أقر كذلك فى دورته الثانية والثلاثين ، الاتفاقية رقم ٩٨ ، فى شأن التنظيم النقابى ، النافذة أحكامها اعتباراً من ٨ يوليو سنة ١٩٥١ ، والتى كفل بمادتها الأولى لكل عامل الحماية الكافية من أية أعمال يقصد بها التمييز بين العمال فى مجال استخدامهم ، إخلالاً بحريتهم النقابية ، ويكون ضمان هذه الحماية لازماً بوجه خاص إزاء الأعمال التى يقصد بها تعليق استخدام العامل على شرط عدم الانضمام إلى منظمة نقابية ، أو حمله على التخلى عن عضويته فيها ، أو معاملته إجحافاً لانضمامه إليها أو لإسهامه فى نشاطها بعد انتهاء عمله .

وحيث أن دستور جمهورية مصر العربية كفل بنص المادة ٥٦ منه جوهر الأحكام التى انتظمتها هاتان الاتفاقيتان الدوليتان ، والتى تعتبر مصر طرفاً فيهما بتصديقها عليهما ، ذلك أن المادة ٥٦ من الدستور تنص على ما يأتى « إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديموقراطى حق يكلفه القانون ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية ، وينظم القانون مساهمتها فى تنفيذ الخطط والبرامج الاجتماعية ، وفى رفع مستوى الكفاية ، ودعم السلوك الاشتراكى بين أعضائها وحماية أموالها ، وهى ملزمة بمساءلة أعضائها عن سلوكهم فى ممارسة نشاطهم ، وبالدفاع عن الحقوق والحريات المقررة قانوناً لأعضائها » .

وحيث أن حرية العمال فى تكوين تنظيمهم النقابى ، وكذلك حرية النقابة ذاتها فى إدارة شئونها ، بما فى ذلك إقرار القواعد التى تنظم من خلالها اجتماعاتها ، وطرائق عملها ، وتشكيل أجهزتها الداخلية ، وأحوال اندماجها فى غيرها ، ومساءلتها لأعضائها عما يقع منهم بالمخالفة لنظمها ، لا ينفصلان عن انتهاجها الديمقراطية أسلوباً وحيداً يهيمن على نشاطها ويكفل الموازنة بين حقوقها وواجباتها ، وكذلك بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المنضمين إليها - المؤهلين منهم وغير المؤهلين - ودون قيد يتعلق بعدد الأولين منسوباً إلى عدد العمال غير المهنيين ، ذلك أن مبدأ الحرية النقابية يعنى حق العمال - وأيا كان قطاع عملهم ودون ما تمييز فيما بينهم - فى تكوين منظماتهم النقابية بغض النظر عن معتقداتهم أو آرائهم السياسية أو توجهاتهم أو انتماءاتهم ، ودون إخلال بحق النقابة ذاتها فى أن تقرر بنفسها أهدافها ووسائل تحقيقها وطرق تمويلها ، وإعداد القواعد التى تنظم بها شئونها .

ولا يجوز - بوجه خاص - ارهاقها بقيود تعطل مباشرتها لتلك الحقوق ، أو تعلق تمتعها بالشخصية الاعتبارية على قبولها الحد منها ، ولا أن يكون تأسيسها رهناً بإذن من الجهة الإدارية ، ولا أن تتدخل هذه الجهة فى عملها بما يعوق إدارتها لشئونها ، ولا أن تقرر حلها أو وقف نشاطها عقاباً لها ، ولا أن تحل نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه أكفل لتأمين مصالح أعضائها والنضال من أجلها .

وحيث أن ما تقدم مؤداه ، أن تكوين التنظيم النقابى لابد أن يكون تصرفاً إرادياً حراً ، لا تتداخل فيه السلطة العامة ، بل يستقل عنها ليظل بعيداً عن سيطرتها ، ومن ثم تتمحض الحرية النقابية عن قاعدة أولية فى التنظيم النقابى ، تمنحها بعض الدول قيمة دستورية فى ذاتها ، لتكفل بمقتضاها حق كل عامل فى الانضمام إلي المنظمة النقابية التى يطمئن إليها ، وفى انتقاء واحدة أو أكثر من بينها - عند تعددها - ليكون عضواً فيها ، وفى أن ينعزل عنها جميعاً فلا يلج أبوابها ، وكذلك فى أن يعدل عن البقاء فيها منهياً عضويته بها .

وهذه الحقوق التى تتفرغ عن الحرية النقابية ، تعد من ركائزها ، ويتعين ضمانها لمواجهة كل إخلال بها ، وبوجه خاص لرد خطرين عنها لا يتعادلان فى آثارهما ويتأتيان من مصدرين مختلفين . ذلك أن المنظمة النقابية ذاتها قد تباشر ضغوطها فى مواجهة العمال غير المنضمين إليها لجذبهم لدائرة نشاطها توصلاً لإحكام قبضتها على تجمعاتهم ، وقد يتدخل رجال الصناعة والتجارة فى أوضاع الاستخدام فى منشآتهم أو بالتهديد بفصل عمالهم ، أو بمساءلتهم تأديبياً ، أو بإرجاء ترقياتهم لضمان انصرافهم عن التنظيم النقابى ، أو لحملهم على التخلى عن عضويتهم فيه .

وحيث أن الحرية النقابية - محدداً إطارها على النحو المتقدم - لا تعارض ديمقراطية العمل النقابى ، بل هى المدخل إليه ، ذلك أن الديمقراطية النقابية هى التى تطرح بوسائلها وتوجهاتها - نطاقاً للحماية يكفل للقوة العاملة مصالحها الرئيسية ، ويبلور إرادتها وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود ، وهى كذلك مفترض أولى لوجود حركة نقابية تستقل بذاتيتها ومناحى نشاطها ، ولازمها أمران :

أولهما : أن يكون الفوز داخل النقابة بمناصبها المختلفة - على تباين مستوياتها وأيا كان موقعها - مرتبطاً بالإرادة الحرة لأعضائها ، وبشرط أن يكون لكل عضو انضم اليها - الفرص ذاتها - التى يؤثر بها - متكافئاً فى ذلك مع غيره - فى تشكيل سياستها العامة وبناء مختلف تنظيماتها وفاء بأهدافها وضماناً لنهوضها بالشئون التى تقوم عليها .

ثانيهما : أن الحرية النقابية لا تعتبر مطلباً لفئة بذاتها داخل النقابة الواحدة ، ولاهى من امتيازاتها ، بل يتعين أن يكون العمل النقابى إسهاماً جماعياً لا يتمحض عن انتقاء حلول بذواتها تستقل الأقلية بتقديرها وتفرضها عنوة ، ذلك أن تعدد الآراء داخل النقابة الواحدة وتفاعلها ، إثراء لحرية النقاش فيها ، لتعكس قراراتها ما تتصوره القاعدة الأعرض من الناخبين فيها مبلوراً لأفكارهم ، ومحدداً لمطالبهم ، إنفاذاً لإرادتهم من خلال أصواتهم التى لا يجوز تقييد فرص الإدلاء بها دون مقتض ، ولا فرض الوصاية عليها .

وحيث أن ما نص عليه الدستور فى المادة ٥٦ من قيام النقابات واتحاداتها على أساس ديموقراطى ، يدل على أن حكمها جاء عاماً مطلقاً ، منصرفاً إلى كل تنظيم نقابى - مهنياً كان أو عمالياً - ممتداً إلى تشكيلاتها جميعاً - على تباين مستوياتها ودرجاتها - كاشفاً عن أن العمل النقابى لا يؤمن مصالح جانبية محدودة أهميتها ، بل يوفر للمنضمين إليه ، الحقائق الكاملة التى يحددون من خلالها أولوياتهم ، ويفاضلون على ضوئها بين من يتزاحمون من بينهم على الظفر بعضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية التى ينتمون إليها .

وحيث أن ضمان الدستور - بنص المادة ٤٧ منه - لحرية التعبير عن الآراء ، والتمكين من عرضها ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتدوينها وغير ذلك من وسائل التعبير ، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التى لا يتم الحوار المفتوح إلا فى نطاقها ، وبدونها تفقد حرية الاجتماع مغزاها ، ولا يكون لها من فائدة ، وبها يكون الأفراد أحراراً لا يتهيبون موقفاً ، ولا يترددون وجلاً ، ولا ينتصفون لغير الحق طريقاً .

وحيث أن ما توخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير ، هو أن يكون التماس الآراء والأفكار وتلقيها عن الغير ونقلها إليه ، غير مقيد بالحدود الإقليمية على اختلافها ، ولا منحصر فى مصادر بذواتها تعد من قنواتها ، بل قصد أن تترامى آفاقها ، وأن تتعدد مواردها وأدواتها ، وأن تنفتح مسالكها ، ويفيض منابعها (Free trade in ideas) (Marketplace of ideas) لا يحول دون ذلك قيد يكون عاصفاً بها ، مقتحماً دروبها ، ذلك أن لحرية التعبير أهدافاً لا تريم عنها ، ولا يتصور أن تسعى لسواها ، هى أن يظهر من خلالها ضوء الحقيقة جلياً ، فلا يداخل الباطل بعض عناصرها ، ولا يعتريها بهتان ينال من محتواها ، ولا يتصور أن يتم ذلك إلا من خلال اتصال الآراء وتفاعلها ومقابلتها ببعض ، وقوفاً على ما يكون منها زائفاً أو صائباً ، منطوياً على مخاطر واضحة ، أو محققاً لمصلحة مبتغاة . ذلك أن الدستور لا يرمى من وراء ضمان حرية التعبير ، أن تكون مدخلاً إلي توافق عام ، بل تغيا بصونها أن يكون كافلاً لتعدد الآراء Plurality Opinions وإرسائها على قاعدة من حيدة المعلومات neutrality of information ليكون ضوء الحقيقة مناراً لكل عمل ، ومحدداً لكل اتجاه .

وحيث أن حرية التعبير التى تؤمنها المادة ٤٧ من الدستور ، أبلغ ما تكون أثراً فى مجال اتصالها بالشئون العامة ، وعرض أوضاعها تبياناً لنواحى التقصير فيها ، وتقويماً لاعوجاجها ، وكان حق الفرد فى التعبير عن الآراء التى يريد إعلانها ، وليس معلقاً على صحتها ، ولا مرتبطاً بتمشيها مع الاتجاه العام فى

بيئة بذاتها ، ولا بالفائدة العملية التى يمكن أن تنتجها ، وإنما أراد الدستور بضمان حرية التعبير أن تهيمن مفاهيمها على مظاهر الحياة فى أعماق منابتها ، بما يحول بين السلطة العامة وفرض وصايتها على العقل العام Public mind ، فلا تكون معاييرها مرجعاً لتقييم الآراء التى تتصل بتكوينه ، ولاعائقاً دون تدفقها .

وحيث أن من المقرر كذلك أن حرية التعبير ، وتفاعل الآراء التى تتولد عنها ، ولا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها ، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها ، أو من ناحية العقوبة اللاحقة التى تتوخى قمعها ، بل يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها - وعلانية - تلك الأفكار التى تجول فى عقولهم ، فلا يتهامسون بها نجيا ، بل يطرحونها عزماً - ولو عارضتها السلطة العامة - إحداثاً من جانبهم - وبالوسائل السلمية - لتغيير قد يكون مطلوباً ، فالحقائق لا يجوز إخفاؤها ، ومن غير المتصور أن يكون النفاذ إليها ممكناً فى غيبة حرية التعبير ، كذلك فإن الذين يعتصمون بنص المادة ٤٧ من الدستور ، لا يملكون مجرد الدفاع عن القضايا التى يؤمنون بها ، بل كذلك اختيار الرسائل التى يقدرون مناسبتها وفعاليتها سواء فى مجال عرضها أو نشرها ، ولو كان بوسعهم إحلال غيرها من البدائل لترويجها ، ولعل أكثر ما يهدد حرية التعبير ، أن يكون الإيمان بها شكلياً أو سلبياً ، بل يتعين أن يكون الإصرار عليها قبولاً بتبعاتها ، وألا يفرض أحد على غيره صمتاً ولو بقوة القانون Enforced silence .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، تعين القول بأن حرية التعبير التى كفلها الدستور ، هى القاعدة فى كل تنظيم ديمقراطى لا يقوم إلا بها ، ولا يعدو الإخلال بها أن يكون إنكاراً لحقيقة أن حرية التعبير لا يجوز فصلها عن أدواتها ، وأن وسائل مباشرتها يجب أن ترتبط بغاياتها ، فلا يعطل مضمونها أحد ، ولا يناقض الأعراض المقصودة من إرسائها .

وحيث أن الحق فى التجمع ، بما يقوم عليه من انضمام عدد من الأشخاص إلى بعضهم لتبادل وجهات النظر فى شأن المسائل التى تعنيهم من الحقوق التى كفلتها المادتان ٥٤ ، ٥٥ من الدستور ، وذلك سواء نظرنا إليه باعتباره حقاً مستقلاً عن غيره من الحقوق ، أم على تقدير أن حرية التعبير تشتمل عليه باعتباره كافلاً لأهم قنواتها ، محققاً من خلالها أهدافها .

وحيث أن هذا الحق - وسواء كان حقاً أصيلاً أو تابعاً - أكثر ما يكون اتصالاً بحرية عرض الآراء وتداولها كلما أقام اشخاص يؤيدون موقفاً أو اتجاهاً معيناً ، تجمعاً منظماً Ordered assemblage يحتويهم ، يوظفون فيه خبراتهم ، ويطرحون آمالهم . ويعرضون فيه كذلك لمصاعبهم ، ويتناولون بالحوار ما يؤرقهم ، ليكون هذا التجمع نافذة يطلون منها على مايعتمل فى نفوسهم ، وصورة حية لشكل من أشكال التفكير الجماعى Collective thinking وكان تكوين بنيان كل تجمع - وسواء كان الغرض منه سياسياً أو نقابياً أو مهنياً - لا يعدو أن يكون عملاً اختيارياً لا يساق الداخلون فيه سوقاً ، ولا يمنعون من الخروج منه قهراً ، وهو فى محتواه لا يتمحض عن مجرد الاجتماع بين أشخاص متباعدين ينعزلون عن بعضهم البعض ، بل يرمى بالوسائل السلمية إلى أن يكون إطاراً يضمهم ، ويعبرون فيه عن مواقفهم وتوجهاتهم ، ومن ثم كان هذا الحق متداخلاً مع حرية التعبير ، ومكوناً لأحد عناصر الحرية الشخصية التى لا يجوز تقييدها بغير اتباع الوسائل الموضوعية والإجرائية التي يتطلبها الدستور أو يكفلها القانون ، واقعاً عند البعض فى نطاق الحدود التى يفرضها صون خواص حياتهم وأعماق حرمتها بما يحول دون اقتحام أغوارها زو تعقبها لغير مصلحة جوهرية لها معينها ، لازماً اقتضاء ولو لم يرد بشأنه

نص فى الدستور ، كافلاً للحقوق التى أحصاها ضماناتها ، محققاً فعالياتها ، سابقاً على وجود الدساتير ذاتها ، مرتبطاً بالمدنية فى مختلف مراحل تطورها ، كامناً فى النفس البشرية ، تدعو إليه فطرتها ، وهو فوق هذا من الحقوق التى لا يجوز النزول عنها .

بل أن حرية التعبير ذاتها تفقد قيمتها إذا جحد المشرع حق من يلوذون بها فى الاجتماع المنظم ، وحجب بذلك تبادل الآراء فى دائرة أعرض ، بما يحول دون تفاعلها وتصحيح بعضها البعض ، ويعطل تدفق الحقائق التى تتصل باتخاذ القرار ، ويعوق انسياب روافد تشكيل الشخصية الإنسانية التى لا يمكن تنميتها إلا فى شكل من أشكال الاجتماع .

ذلك أن الانعزال عن الآخرين يؤول إلى إستعلاء وجهة النظر الفردية وتسلطها ، ولو كان أفقها ضيقاً Narroewness أو كان عمقها أو تحزبها One-Sidedness بادياً .

كذلك فإن هدم حرية الاجتماع ، إنما يقوض الأسس التى لا يقوم بدونها نظام الحكم يكون مستنداً إلى الإدارة الشعبية ، ولا تكون الديموقراطية فيه بديلاً مؤقتاً ، أو إجماعاً زائفاً ، أو تصالحاً مرحلياً لتهدئة الخواطر ، بل شكلاً مثالياً لتنظيم العمل الحكومى وإرساء قواعده ، ولازم ذلك امتناع تقييد حرية الاجتماع إلا وفق القانون ، وفى الحدود التى تتسامح فيها النظم الديموقراطية ، وترتضيها القيم التى تدعو إليها .

وحيث أن من المقرر كذلك أن حق المرشحين فى الفوز بعضوية المجالس التى كفل الدستور أو المشرع صفتها التمثيلية ، لا ينفصل عن حق الناخبين فى الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يثقون فيه من بينهم ، ذلك أن هذين الحقين مرتبطان ، ويتبادلان التأثير فيما بينهما ، ولا يجوز بالتالى أن تفرض على مباشرة أيهما تلك القيود التى لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها Integrity and reliability of the electoral process أو بما يكون كافلاً إنصافها ، وتدفق الحقائق الموضوعية المتعلقة بها ، بل يجب أن تتوافر لها بوجه عام أسس ضبطها ، بما يصون حيدتها ، ويحقق الفرص المتكافئة بين المتزاحمين فيها ، ومن ثم تقع هذه القيود فى حمأة المخالفة الدستورية إذا كان مضمونها وهدفها مجرد حرمان فئة من عمال المنظمة النقابية - ودون أسس موضوعية - من فرص الفوز بعضوية مجلس إدارتها ، ذلك أن أثرها هو إبعاد هؤلاء عن العملية الانتخابية بأكملها ، وحجبهم بالتالى عن الإسهام فيها ، بما مؤداه احتكار غرمائهم لها وسيطرتهم عليها دون منازع ، وإنهاء حق المبعدين فى إدارة الحوار حول برامجهم وتوجهاتهم ، وهو ما يقلص من دائرة الاختيار التى يتيحها المشرع للناخبين ، وبوجه خاص ، كلما كان المبعدون أدنى إلى ثقتهم ، وأجدر بالدفاع عن حقوقهم .

بل أن القيم العليا لحرية التعبير ، بما تقوم عليه من تنوع الآراء وتدفقها وتزاحمها ، ينافيها ألا يكون الحوار المتصل بها فاعلاً ومفتوحاً ، بل مقصوراً على فئة بذاتها من أعضاء المنظمة النقابية ، أو منحصراً فى مسائل بذواتها لا يتعداها .

كذلك فإن حق الناخبين فى الاجتماع مؤداه ألا تكون الحملة الانتخابية - التى تعتبر قاعدة لتجمعاتهم وإطاراً يحددون من خلاله أولوياتهم - محدودة آفاقها ، بما تفضى إليه من تضاؤل فرصهم التى يفاضلون من خلالها بين عدد أكبر من المرشحين ، وانتقاء من يكون من بينهم شريكاً معهم فى أهدافهم Like-midded Citizens قادراً على النضال من أجل تحقيقها .

وحيث أن المهنيين الذين انضموا إلى المنظمة النقابية العمالية لا يتمكنون وفقاً للنص المطعون فيه من الظفر بعضوية مجلس إدارتها ، إلا فى الحدود التى لا تزيد فيها نسبتهم إلى مجموع عدد أعضاء هذا المجلس عن ٢٠٪ ، وهو ما يعنى انغلاق طريقهم إلى مجلس إدارة تلك المنظمة بعد أن خاضوا انتخاباتها وفازوا فيها لمجرد مجاوزتهم لتلك النسبة التى حددها النص المطعون فيه دون أسس موضوعية تظاهرها ، بما مؤداه إهدار إرادة القاعدة العمالية التى منحتهم ثقتها على ضوء اقتناعها بموقفهم من قضاياها ، وحرمانها من أن تفاضل ، من خلال البرامج التى طرحتها الحملة الانتخابية ، بين عدد أكبر من المرشحين يكونون أقدر على بلورة أفكارها ، والنضال من أجل بناء مواقفها ، وكان من المقرر أن اتساع قاعدة الاختيار فيما بين المرشحين ، ضمانة أساسية تكفل لهيئة الناخبين ظروفاً أفضل تمنح من خلالها ثقتها لعناصر من بينهم تكون أجدر بالدفاع عن مصالحها ، وكان النص المطعون فيه لا يطلق قاعدة الاختيار هذه ، بل يحد من دائرتها ويضيق من نطاقها ، مؤثراً بذلك فى حق الاقتراع بما ينال من فعاليته ، فإن ذلك النص ينحل من الناحية الدستورية إلى فرض نوع من الوصاية على القاعدة العمالية ، ويؤول إلى تفككها أو اضطرابها أو بعثرة تكتلاتها من خلال إلزامها بأن تمنح ثقتها لغير من وقع عليهم اختيارها ابتداء ، وأن تكون لها موازين جديدة تقدر على ضوئها من تصعدهم ، من دونهم ، إلى مجلس إدارة المنظمة العمالية ، وقد يكونون أقل منهم شأناً سواء فى صلابتهم أو قدرتهم على ابتكار الحلول الملائمة لقضاياها وهو ما ينال كذلك من حرية القاعدة العمالية فى التعبير عن مواقفها من خلال تجمعاتها التى تعد إطاراً ومحوراً لكل تنظيم انتخابى يحدد مطالبها .

وحيث أن القول بأن النص المطعون فيه ، يعكس تناسباً عددياً بين المهنيين المنضمين إلى المنظمة النقابية العمالية وغيرهم من العمال أعضائها ،

مردود أولاً : بانتفاء الدليل على صحته .

ومردود ثانياً : بأن اختيار من يمثلون أعضاء النقابة بمجلس إدارتها ليس مرتبطاً بموقعهم من النقابة ذاتها ، وما إذا كانوا هم الأكثر أو الأقل عدداً بين جموعها ، بل بقدرتهم على تأمين مصالحها .

ومردود ثالثاً : بأن إبطال عضويتهم بمجلس إدارة المنظمة النقابية بعد الفوز بها ، لا يعدو أن يكون تحريفاً لإرادة الناخبين ، مع حملهم على إبدال من منحوه ثقتهم بغيره ، وليس ذلك إلا تشويها لحق الاقتراع وانحرافاً عن الأغراض التى يتوخاها .

وحيث إنه لا مساغ كذلك للقول بأن النص المطعون عليه ، يكفل للحركة النقابية العمالية وحدتها ويضمن ولاء العمال لأهدافها ، ذلك أن المنظمة النقابية ذاتها ومن خلال برامجها وتوجهاتها - وعلى ضوء نضالها من أجل الدفاع عن مصالحها ، وهى التى توحد بين أعضائها ، فلا يتحولون عنها أو يفارقونها ، كذلك فإن ولاءهم لها رهن بصون الحرية النقابية فى مضمونها ووسائلها ، ولقنابتهم أن تسائلهم تأديبياً إذا لم يلتزموا بميثاقها ، أو كان سلوكهم مشيناً مناهضاً لها ، وليس جائزاً بحال - من وجهة أخرى - أن تعطل وحدة الحركة النقابية العمالية أو الولاء لأهدافها ، حقوقاً كفلها الدستور للعمال المنضمين إليها .

وحيث أن من المقرر أنه إذا كفل الدستور حقاً من الحقوق ، فإن القيود عليه لا يجوز أن تنال من محتواه إلا بالقدر وفى الحدود التى ينص عليها الدستور ، وكان ضمان الدستور بنص المادة ٦٢ لحقى الانتخاب والترشيح اللذين كفلهما لكل مواطن وفقاً لأحكام القانون ، وأن تقيد بنصوص بعض مواده الأخرى ، كالمادتين ٢٦ ، ٨٧ منه التى توفر أولهما لصغار الفلاحين وصغار الحرفيين ٨٠٪ على الأقل من مقاعد مجلس إدارة الجمعية التعاونية الزراعية أو الجمعية

التعاونية الصناعية ، وتنص ثانيتهما على أن يكون نصف عدد أعضاء مجلس الشعب على الأقل من العمال والفلاحين ، إلا أن هذه القيود مرجعها إلي النصوص الدستورية ذاتها ، ولا يجوز أن يقاس تشريعياً عليها وإلا كان القانون مخالفاً للدستور .

وحيث أن الدساتير المصرية جميعاً بدءاً بدستور سنة ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم ، رددت جميعها مبدأ المساواة القانونية De Jure كافلة تطبيقه على جميع المواطنين باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي ، وباعتباره الضمانة الرئيسية لصون الحقوق والحريات فى مواجهة صور التمييز التى تنال منها أو تقيد ممارستها ، وأضحى هذا المبدأ فى جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التى لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها فى الدستور ، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى تلك التى كفلها المشرع للمواطنين فى حدود سلطته التقديرية ، وعلى ضوء ما يرتئيه محققاً للمصلحة العامة .

ولئن نص الدستور فى المادة ٤٠ منه ، على حظر التمييز بين المواطنين فى أحوال بعينها ، هى تلك التى يقوم التمييز فيها على أساس من الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، إلا أن إيراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز محظوراً فيها ، مرده أنها الأكثر شيوعاً فى الحياة العملية ، ولا يدل البتة على انحصاره فيها إذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً ، وهو ما يناقض المساواة التى كفلها الدستور ، ويحول دون أرساء أسسها وبلوغ غايتها .

وآية ذلك أن من صور التمييز التى أغفلتها المادة ٤٠ من الدستور مالا يقل عن غيرها خطراً سواء من ناحية محتواها أو من جهة الآثار التى ترتبها ، كالتمييز بين المواطنين فى نطاق الحقوق التى يتمتعون بها ، أو الحريات التى يمارسونها ، لاعتبار مرده إلي مولدهم ، أو مركزهم الاجتماعى ، أو انتمائهم الطبقى ، أو ميولهم الحزبية ، أو نزاعاتهم العرقية ، أو عصبيتهم القبلية ، أو إلى موقفهم من السلطة العامة ، أو إعراضهم عن تنظيماتها ، أو تبنيهم لأعمال بذاتها ، وغير ذلك من أشكال التمييز التى لا تظاهرها أسس موضوعية تقيمها ، وكان من المقرر أن صور التمييز المجافية للدستور وأن تعذر حصرها ، ألا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق والحريات التى كفلها الدستور أو القانون ، وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين للانتفاع بها ، وبوجه خاص على صعيد الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغير ذلك من مظاهر الحياة العامة ، متى كان ذلك وكان النص المطعون عليه قد استبعد المهنيين - الذين تزيد نسبتهم فى مجلس إدارة المنظمة النقابية عن ٢٠٪ من مجموع مقاعده - من الظفر بعضوية هذا المجلس رغم تماثلهم مع عمال النقابة من غير المهنيين فى مراكزهم القانونية لانضوائهم جميعاً تحت نقابة واحدة تتكافأ حقوقهم وواجباتهم فيها ، ودون أن يستند التمييز بين هاتين الفئتين إلى أسس موضوعية يقتضيها التمثيل فى مجلس إدارة تلك المنظمة ، فإن هذا التمييز يكون تحكمياً ، ومنهياً عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان النص المطعون عليه يخل بالحقوق التى كفلها الدستور فى مجال تكوين التنظيم النقابى على أساس ديمقراطى ، وكذلك بحرية التعبير والاجتماع ، وبحقى الترشيح والاقتراع وبمبدأ المساواة أمام القانون ، وهى الحريات والحقوق المنصوص عليها فى المواد ٤٠ ، ٤٧ ، ٥٥ ، ٥٦ ، ٦٢ من الدستور ، فإنه يكون قد وقع فى حمأة المخالفة الدستورية ، ويتعين الحكم ببطلانه .

وحيث أن ما ورد بعجز الفقرة الأولى من المادة ٣٨ المشار إليها من أنه (وذلك مالم تكن أغلبية المنظمة النقابية من المنضمين إلى نقابات مهنية) ، يرتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بنطاق الطعن الماثل باعتباره استثناء من قاعدة الحظر التى فرضها النص المطعون عليه ، فإن هذا الاستثناء يسقط تبعاً للحكم ببطلان ذلك النص .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨ من قانون النقابات العمالية الصادر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ فيما تضمنته من عدم جواز الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية والعضوية العاملة فى نقابة مهنية بما يزيد على ٢٠٪ من مجموع عدد أعضاء هذا المجلس ، وبسقوط باقى نص هذه الفقرة ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

(١٣)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ١٥ أبريل سنة ١٩٩٥م الموافق ١٥ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور/ محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وسامى فرج يوسف والدكتور/ عبد المجيد فياض ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدى أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٧ لسنة ١٦ قضائية « دستورية ».

المقامة من :

الممثل القانونى لبنك القاهرة الشرق الأقصى

ضد

١ - السيد / رئيس الوزراء

٢ - السيد / وزير العدل

٣ - السيد / وزير المالية

الإجراءات

بتاريخ ٢٥ يوليه ١٩٩٤ أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا بطلب الحكم بعدم دستورية المادة ١/١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة للفقرة الثانية من المادة ١٤ ، وبرفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - على مايبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ٣١٠٢ لسنة ١٩٩٠ تجارى محكمة الأسكندرية الابتدائية بطلب الحكم بإلزام كل من الممثل القانونى لشركة التنمية الوطنية للشحن والتفريغ ، والممثل القانونى لشركة القاهرة للتجارة والتوكيلات ، بأن يدفعها له متضامنين مبلغ ٢٠٥٧٣٤ر٢٢٥ جنيهاً والمصاريف ، وبجلسة ١٩٩٢/٥/٣١ حكمت المحكمة بإلزام المدعى عليها الأولى بمبلغ ٩٢٢٣٩ر٠٩ والمدعى عليها الثانية بمبلغ ٢٠٥٣٤٩ر٧٠٥ جنيهاً ، مع المناسب من المصاريف ، ومبلغ عشرة جنيهات مقابل أتعاب المحاماة ، بيد أن قلم الكتاب أعلن بأمر تقدير عن رسوم عن تلك الدعوى ، مطالباً إياه بها إعمالاً لنص المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ فى شأن الرسوم القضائية والتوثيق فى المواد المدنية ، ومن ثم تظلم أمام محكمة الأسكندرية الابتدائية من هذا الأمر ، وبتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٧ قضت المحكمة برفض هذا التظلم ، تأسيساً على أن المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ تخول قلم الكتاب طلب الرسوم القضائية من المدعى ، ولو كان كاسباً لدعواه ، وإذ لم يرتض المدعى هذا الحكم ، فقد طعن عليه بطريق الاستئناف ، وقيد هذا الطعن برقم ٢٧٥ لسنة ٥٠ قضائية ، وأثناء نظر النزاع أمام المحكمة الاستئنافية ، دفع بعدم دستورية المادة ١٤ المشار اليها ، وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع ، فقد أجلت نظر دعواه حتى يتخذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية ، فأقام الدعوى الدستورية الماثلة .

وحيث أن الفقرة الأولى من المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية والتوثيق فى المواد المدنية ، تقضى بأن يلزم المدعى بأداء الرسوم القضائية ، كما يلزم بدفع الباقى منها عقب صدور الحكم ولو استؤنف ، وتنص فقرتها الثانية على أنه : « ومع ذلك إذا صار الحكم نهائياً ، جاز لقلم الكتاب تحصيل الرسوم المستحقة من المحكوم عليه » .

وحيث أن حكم الفقرة الثانية من المادة ١٤ المشار إليها ، أسفر عن مجافاته للمنطق وروح العدالة ، وتعقيده للتقاضى ، إذ يخول قلم كتاب المحكمة الحق فى تحصيل الرسوم القضائية من المدعى ، ولو كان كاسباً لدعواه بحكم نهائى ، مما كان مثاراً للشكوى التى عايشها المواطنون ، وكان كذلك مدعاة لظلمهم وإعناتهم ، وإرهاقاً لا قبل لهم به ، ونكولاً عن إحقاق الحق ، وإهداراً للأصل فى قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية ، من إلزامها الخصم المحكوم عليه فى الدعوى ، بمصروفاتها .

وحيث أن البين من مضبطة الجلسة الخمسين « الفصل التشريعى السادس - دور الانعقاد العادى » المعقودة فى ٢١ فبراير سنة ١٩٩٥ ، أن مجلس الشعب ناقش تفصيلاً تعديلاً مقترحاً فى شأن المادة ١٤ المشار إليها لمواجهة مساوئها فى التطبيق ، وإنحرافها عن صحيح حكم القانون ، ولرد الأمور إلى نصابها ، وقد دعاه ذلك إلى إقرار قانون بتعديلها ، هو القانون رقم ٧ لسنة ١٩٥٩ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ ، وذلك بإبدال مادته الرابعة عشرة ، بمادة جديدة نصها الآتى :

« يلزم المدعى بأداء الرسوم المستحقة عقب تقديم صحيفة دعواه إلى قلم الكتاب كما يلزم بأداء ما يستحق عليها من رسوم أثناء نظرها ، وحتى قفل باب المرافعة فيها .

وتصبح الرسوم التزاماً على الطرف الذى الزمه الحكم بمصروفات الدعوى ، وتتم تسويتها على هذا الأساس ، ولا يجوز الاستئناف دون تحصيل هذه الرسوم .

وتسلم للمحكوم له صورة تنفيذية من الحكم دون توقف على تحصيل باقى الرسوم الملتزم بها الغير » .

وحيث أن النص المتقدم ، يدل بعبارته على أن المدعي - وقد أقام الخصومة القضائية ابتداء - فإن عليه أن يتحمل مقدماً بنفقاتها ، والتى تتمثل أساساً فى الرسوم القضائية يؤديها عند تقديم صحيفتها إلي قلم كتاب المحكمة ، ويظل أمر هذه الرسوم قلقاً إلى أن تفصل المحكمة فى الخصومة المطروحة عليها ، وتحدد من يكون ملتزماً بمصروفاتها ، ليقع عبؤها عليه انتهاء ، والأصل أن يتحمل بمصروفات الدعوى من خسرها لا تبعداه إلى غيره ، ولا شأن لسواه بها ولا يعطل تراخيه فى الوفاء بها ، حق المحكوم له فى الحصول على صورة تنفيذية من الحكم .

وحيث أن المشرع أفصح كذلك بالنص المتقدم عن إلغاء القاعدة التى تضمنتها الفقرة الثانية من المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ - قبل تعديلها - والتى كانت تخول قلم كتاب المحكمة الخيار بين تحصيل الرسوم القضائية من المحكوم عليه بها ، أو الرجوع بها على من يكون كاسباً لدعواه ولم يلزمه الحكم بمصروفاتها ، وكان من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا أن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها ، لا يحول دون الطعن عليها من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها ، وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة ، ذلك أن الزصل فى تطبيق القاعدة القانونية ، هو سريانها على الوقائع التى تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها ، فإذا استعيض عنها بقاعدة قانونية جديدة ، سرت القاعدة الجديدة من الوقت المحدد لنفاذها ، ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من القاعدتين ، فما نشأ فى ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية ، وجرت آثارها خلال فترة نفاذها ، يظل محكوماً بها وحدها .

وحيث أن مناط المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط قبول الدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الفصل فى المطاعن الدستورية لازماً للفصل فى النزاع الموضوعى ، وكان جوهر الطعن ينصب على الاختصاص المخول لأقلام كتاب المحاكم - فى ظل العمل بأحكام المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ قبل تعديلها - بانقضاء الرسوم القضائية من غير المحكوم عليه بها - ولو كان كاسباً لدعواه - فإن الفقرة الثانية من المادة ١٤ المشار إليها قبل تعديلها بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٥ ، هى التى يتحدد بها نطاق الطعن بعدم الدستورية ، وهى كذلك التى دار حولها الدفع بعدم الدستورية ، المثار أمام محكمة الموضوع .

وحيث أن المدعى ينعى على الفقرة الثانية المشار إليها ، إخلالها بأحكام المواد ٣٤ ، ٣٥ ، ٣٦ من الدستور التى تكفل جميعها حقوق الملكية الخاصة ، ولا تجيز تأميمها إلا للصالح العام ، وبقانون ، ومقابل تعويض ، كما تحول دون مصادرتها مصادرة عامة ، فإذا كان الأمر متعلقاً بمصادرة خاصة ، فلا تجوز إلا بحكم قضائى ، كذلك فإن نزع الملكية مقيد بأن يكون متوخياً نفعاً عاماً ومقابل تعويض وفقاً للقانون ، بيد أن النص المطعون فيه نقض هذه القواعد حين أجاز اقتضاء الرسوم القضائية من غير المدين بها ، وأهدر بذلك قوة الأمر المقضى التى تحوزها الأحكام النهائية ، وكان بالتالى مدخلاً لانتزاع أموال هؤلاء الذين لم يُحَمِّلهم الحكم النهائى بتلك الرسوم ، وعدواناً على ولاية القضاء التى كفل الدستور أصلها ، ولم يجز إلا توزيعها فى حدود التفويض المخول للسلطة التسريعية بنص المادة ١٦٧ من الدستور ، وهو ما يعنى أن تظل هذه الولاية ثابتة ، فلا تنال السلطة التشريعية منها ، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر .

وحيث أن الأصل فى الرسوم القضائية ، هو أن يلزم بها من خسر الدعوى ، وتتم تسويتها على هذا الأساس ، إذ ليس عدلاً ولا قانوناً أن يتحمل بها من كان محقاً فى دعواه ، وحُمل حملاً على اللجوء إلى القضاء انتصافاً ، ودفعاً لعدوان ، وإلا كان الاعتصام بشريعة العدل ومنهاجه عبثاً ولهواً ، والزود عن الحقوق - من خلال الإصرار على طلبها وتقريرها - إفكاً وبهتاناً ، بيد أن النص المطعون فيه نقض هذا الأصل الذى تمليه طبائع الأشياء ، ورد الساعين إلى الحق على أعقابهم ، بأن حملهم برسوم قضائية لا يلتزمون بها أصلاً ، ولا شأن لهم بها ، فكان عقاباً من خلال جزاء مالى لغير خطأ وعدواناً منهياً عنه بنصوص الدستور ، إذ لا جريرة لهؤلاء حتى تقتطع من الحقوق التى ظفروا بها بمقتضى حكم نهائى ، مبالغ مالية بقدر قيمة الرسوم القضائية التى ألزم هذا الحكم غيرهم بها ، ولكن قلم الكتاب اقتضاها منهم ناقلاً عبئها اليهم ، مخالفاً بذلك منطوق الحكم النهائى ، ومتغولاً على القاعدة العامة فى مصروفات الدعوى التى تبنتها المادتان ١٨٤ ، ١٨٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، التى تقضى أولاهما بأن مصاريف الدعوى - ويدخل في حسابها مقابل أتعاب المحاماه - إنما يتحملها الخصم المحكوم عليه بها ، فإذا تعدد المحكوم عليهم ، جاز الحكم بقسمتها فيما بينهم بالتساوى ، أو بنسبة مصلحة كل منهم فى الدعوى وفق ما تقدره المحكمة ، ولا يلزمون بالتضامن فى المصاريف إلا إذا كانوا متضامنين فى أصل التزامهم المقضى به ، وتنص ثانيتهما على أنه إذا أخفق كل من الخصمين فى بعض الطلبات ، جاز الحكم بأن يتحمل كل خصم بما دفعه من المصاريف ، أو بتقسيم المصاريف بينهما ، على حسب ما تقدره المحكمة فى حكمها .

وحيث أن مؤدى القاعدة التى تبلورها وتؤكدها المادتان ١٨٤ ، ١٨٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، أن لمصاريف الدعوى أصلاً يحكمها ، ويهيمن عليها يتحصل فى ألا يحكم بها - سواء بأكلمها أو فى جزء منها - إلا على الخصم الذى خسر الدعوى ، سواء بتمامها أو فى بعض جوانبها ، وهو ما يكفل قيام الخصومة القضائية على دورها فى إيصال الحقوق لذويها دون نقصان ، فلا تكون نفقاتها عبئاً إلا على هؤلاء الذين جحدوا تلك الحقوق ، إعناتاً أو مماطلة أو نكاية ، لترتد سهامهم إليهم ، وكان الاستثناء التشريعى من هذه القاعدة منحصراً فى الأحوال التى قدر المشرع فيها أن مسار الخصومة القضائية أو ظروفها ، تدل على مجاوزتها للحدود القانونية التى ينبغى أن يتقيد بها حق التقاضى ، وتنكبها الأغراض التى شرع هذا الحق من أجل بلوغها ، بأن كانت فى واقعها لدداً أو اندفاعاً أو تغريراً ، وهى أحوال حددتها حصراً المادة ١٨٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، التى تخول المحكمة أن تحكم بإلزام الخصم الذى كسب الدعوى كلها أو بعضها بمصروفاتها إذا كان الحق الذى يدعيه مسلماً به من المحكوم عليه ، أو كان المحكوم عليه قد تسبب فى إنفاق مصاريف لا فائدة منها ، أو ترك خصمه على جهل بما فى يده من المستندات القاطعة فى الدعوى ، أو بمضمونها .

وحيث أن النص المطعون فيه يخول أقلام كتاب المحاكم على اختلافها - كل وفقاً لتقديره الخاص - أن تُحَمِّل بالرسوم القضائية غير المدينين المحكوم عليهم بها ، وهو ما يعنى تعديلها بإرادتها المنفردة لمنطوق الحكم القاطع فى شأن تلك الرسوم ولو كان نهائياً ، وكان من المقرر أن كل حكم قطعى - ولو لم يكن نهائياً - يعد حائزاً لحجية الأمر المقضى ، فإذا صار نهائياً بامتناع الطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية ، غدا حائزاً لقوة الأمر المقضى ، وكان الحكم فى هاتين الحالتين كلتيهما ، لا يقوم على قرينة قانونية يجوز التدليل على عكسها ، بل يرتد إلى قاعدة

موضوعية لا تجوز معارضتها بعلتها ولا نقضها ولو بالاقرار أو اليمين ، وكان مما ينافى قوة الحقيقة القانونية التى تكشفها الأحكام القضائية ، وتعبر عنها ، أن يخول المشرع جهة ما ، أن تعدل من جانبها الآثار القانونية التى رتبها الحكم القضائى ، مالم تكن هذه الجهة قضائية بالنظر إلى خصائص تكوينها ، وكان موقعها من التنظيم القضائى ، يخولها قانوناً مراقبة هذا الحكم تصويباً لأخطائه الواقعية أو القانونية أو كليهما معاً ، فإذا لم تكن تلك الجهة كذلك ، فإن تعديل منطوق الحكم ، أو الخروج عليه ، يعد عدواناً على ولاية واستقلال القضاء ، وتعطيلاً لدوره فى مجال صون الحقوق والحريات على اختلافها بالمخالفة للمادتين ٦٥ ، ١٦٥ من الدستور .

يؤيد ذلك أن هذا الاستقلال - فى جوهر معناه وأبعاد آثاره - ليس مجرد عاصم من جموح السلطة التنفيذية يكفها عن التدخل فى شئون العدالة ، ويمنعها من التأثير فيها إضراراً بقواعد إدارتها ، بل هو فوق هذا ، مدخل لسيادة القانون ، بما يصون للشرعية بنيانها ، ويرسم تخومها ، تلك السيادة التى كفلها الدستور بنص المادة ٦٤ ، وقرنها بمبدأ خضوع الدولة للقانون المنصوص عليه فى المادة ٦٥ ، ليكونا معاً قاعدة للحكم فيها ، وضابطاً لتصرفاتها .

وحيث أن الدستور عزز كذلك سيادة القانون ، بنص المادة ٧٢ التى صاغها بوصفها ضماناً جوهرياً لتنفيذ الأحكام القضائية من قبل الموظفين المختصين ، واعتبر امتناعهم عن اعمال مقتضاها ، أو تعطيل تنفيذها جريمة معاقب عليها قانوناً ، وما ذلك إلا توكيداً من الدستور لقوة الحقيقة الراجحة التى يقوم عليها الحكم القضائى ، وهى بعد حقيقة قانونية لا تجوز المماراة فيها ، ولا جرم فى أن ما قرره النص المطعون فيه من أن لأقلام كتاب المحاكم أن تقضى الرسوم القضائية ممن ألزمهم الحكم النهائى بها ، يفيد اختصاصها بتحصيلها من غيرهم ، وهو ما يعد انتحالاً لولاية الفصل فى الخصومة القضائية ، وإهداراً لقوة الأمر المقضى التى تلازم الأحكام النهائية ولا تفارقها ، ولو بعد الطعن عليها .

وحيث إنه لا ينال مماتقدم ، قالة أن الدستور خول السلطة التشريعية أن تعين لكل هيئة قضائية اختصاصاتها ، ذلك أن هذا التفويض المقرر بمقتضى نص المادة ١٦٧ من الدستور ، لا يعنى أكثر من مجرد الترخيص بتوزيع الولاية القضائية بأكملها فيما بين الهيئات القضائية جميعها ، لتنال كل منها قسطها أو نصيبها منها ، وبما يحول بين السلطة التشريعية وعزلها عن نظر منازعة بذاتها ، مما كان ينبغى أصلاً أن تفصل فيها .

وحيث أن النص المطعون فيه يخل كذلك بالحماية التى كفلها الدستور للملكية الخاصة ، ذلك أن اقتضاء الرسوم القضائية من غير المحكوم عليه بها ، مؤداه أن تكون التزاماً ذا قيمة مالية سلبية ، واقعاً عبؤة على غير المدين ، ومجرداً ذمته المالية - وهى لا تتناول إلا مجموع الحقوق والديون التى لها قيمة مالية - من بعض عناصرها الإيجابية باقتطاعها دون حق ، وبالمخالفة لنصوص الدستور التى تمد حمايتها إلى الأموال جميعها ، باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية سواء أكان حقاً شخصياً أم عينياً أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية ، ذلك أن الحقوق العينية التى تقع على عقار - بما فى ذلك حق الملكية - تعتبر مالاً عقارياً ، أما الحقوق العينية التى تقع على منقول ، وكذلك الحقوق الشخصية - أيا كان محلها - فإنها تعد مالاً منقولاً ، بما مؤداه امتناع التمييز بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية فى مجال صونها من العدوان ، بما يردع مغتصبها ، ويحول دون اغتيالها ، أو تقويضها .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، فإن النص المطعون

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، فإن النص المطعون فيه يكون مخالفاً لأحكام المواد ٣٢ و٣٤ و٦٤ و٦٥ و٧٢ و١٦٥ من الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية ، وذلك فيما تضمنته - قبل تعديلها بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٥ - من تخويل أقلام كتاب المحاكم حق اقتضاء الرسوم القضائية من غير المحكوم عليه نهائياً بها ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماه .

(١٤)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ١٥ أبريل سنة ١٩٩٥م الموافق ١٥ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور/ محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور/ عبد المجيد فياض ومحمد على سيف الدين

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدى أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١ لسنة ١٦ قضائية « تفسير » .

المقامة من :

السيد / رئيس مجلس الوزراء

ضـد

السيد / محمد فوزى السيد فوزى

الإجراءات

بتاريخ ٦ أغسطس ١٩٩٤ أودعت هيئة قضايا الدولة - نيابة عن السيد / رئيس مجلس الوزراء - صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبة - عملاً بالمالدة ١٩٢ من قانون المرافعات - تفسير حيثية وردت فى الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فى القضية الدستورية رقم ٣٤ قضائية بجلسة ٢٠ يونية ١٩٩٤ نصها الآتى :

« أن المؤمن عليه الذى انتهت خدمته بالتقاعد قبل أول يوليو ١٩٨٧ - وإن كان قد أفاد من زيادة فى المعاش مقدارها ٢٠٪ وهى الزيادة التى تقررت بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ - إلا أن هذه الزيادة - وأيا كانت القاعدة التى التزمها المشرع فى مجال حسابها - تنسحب إلى المعاش بمختلف صوره ، وليس من شأنها أن تنحى قاعدة تستقل فى مضمونها عنها ، ويجوز إعمالها إلى جانبها هى تلك المتعلقة بالحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير » .

وقدم المدعى عليه مذكرة طلب فيها أصلياً الحكم بعدم قبول الطلب ، واحتياطياً برفضه ، وبعد تحضير الدعوى ، قدمت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليه فى الدعوى الماثلة كان قد أقام الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية « دستورية » أمام المحكمة الدستورية العليا طالباً الحكم بعدم دستورية القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، وبجلسة ٢٠ يونيه ١٩٩٤ حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ المشار إليه ، وبسقوط مادته الثانية ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماه .

وجاء بصحيفة طلب التفسير الماثل أن هذا الحكم خلص إلى استحقاق المحالين إلى التقاعد قبل الأول من يوليو ١٩٨٧ للحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير - الذى كان مقرراً لهم بمقتضى القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ - شأنهم فى ذلك سأن من خرجوا من الخدمة بعد هذا التاريخ ، مستنداً فى ذلك إلى دعامتين .

اولاهما : أن القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ - المطعون فيه - قد أدخل تعديلاً جوهرياً على المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ يقيد من مجال تطبيقها ، متوخياً بذلك أن يكون الحق فى الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير منصرفاً إلى فئة بذاتها من المؤمن عليهم العاملين بقوانين التأمين الاجتماعى هى تلك التى أحيل أفرادها إلى التقاعد اعتباراً من الأول من يوليو ١٩٨٧ ، وقد توخى هذا التعديل مواجهة متطلبات تمويل هذا المعاش وليس تفسير المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بما يزيل غموضها ، وبذلك حرم القانون المطعون فيه فئة من المؤمن عليهم من المزايا التأمينية التى كفلها لهم القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ من خلال تعديل الشروط التى تطلبها لاستحقاقهم الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، مجاوزاً بذلك نطاق السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق باقتحام المجال الذى يؤكد جوهرها ويكفل فعاليتها .

ثانيتهما : أن التمييز بين المراكز القانونية إنما يتحدد وفق شروط موضوعية يتكافأ المواطنون من خلالها أمام القانون ، والأصل فى الأحكام هو استلهام روحها ومقاصدها . ولا شبهة فى أن القانون المطعون فيه قصد أن يضيف بمادته الأولى شرطاً علق عليه الإفادة من الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، هو أن يكون المؤمن عليه موجوداً فى الخدمة فى أول يوليو ١٩٨٧ ، وهو شرط لم يكن قائماً أو مقرراً من قبل بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ . ولا متصلاً بمتطلبات تطبيقها عند إقرارها من السلطة التشريعية ، بل أقحم عليها . وجاء بالتالى مصادماً للأغراض التى توختها ، وهادماً لعلاقات قانونية تتصل بالشخصية المتكاملة للمواطن ، وبالحدود التى لا يجوز النزول عنها للحق فى الحياة فى إطار من الأمن والطمأنينة ، متبنياً كذلك تمييزاً تحكمياً - منهياً عنه بنص المادة الأربعين من الدستور - بين فئتين إحداهما تلك التى أحيل أفرادها إلى التقاعد اعتباراً من الأول من يوليو ١٩٨٧ ، وأخراهما تلك التى بلغ أفرادها سن التقاعد قبل ذلك ، دون أن يستند التمييز بين هاتين الفئتين إلى أسس موضوعية ، ذلك أنه اختص الفئة الأولى بحقوق تأمينية حجبها عن الفئة الثانية حال أن الخطر المؤمن ضده قائم فى شأن أفراد هاتين الفئتين ، وجميعهم مؤمن عليهم .

وحيث أن هيئة قضايا الدولة تقرر فى وضوح - وبعبارة قاطعة - تسليمها بهاتين الدعامتين ، وبالنتيجة التى رتبتها المحكمة الدستورية العليا عليهما ممثلة فى قضائها بعدم دستورية المادة الأولى من القانون

رقم ١ لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ، وكذلك سقوط مادته الثانية لارتباطها بمادته الأولى ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، وما ينطوى عليه ذلك من معاملة المؤمن عليهم الذين انتهت خدمتهم قبل الأول من يوليو ١٩٨٧ باعتبارهم فى مراكز قانونية يتماثلون فيها مع من أحيلوا إلى التقاعد بعد هذا التاريخ ، إلا أنها تتقدم بطلب التفسير الماثل - لا لتنازع فى استحقاق الفئة الأولى للحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، ولكن لتجلية غموض شاب بعض حيثياتها التى أوردتها فى الصفحة الثالثة عشرة من حكمها ، والتى جاء فيها - وفى مقام الرد على دفاع أبدى أمامها بعدم استحقاق الفئة الأولى من المؤمن عليهم لمعاش الأجر المتغير - ما يلى :

« أن المؤمن عليه الذى انتهت خدمته بالتقاعد قبل أول يوليو ١٩٨٧ - وإن كان قد أفاد من زيادة فى المعاش مقدارها ٢٠٪ وهى الزيادة التى تقررت بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ - إلا أن هذه الزيادة - وأيا كانت القاعدة التى التزمها المشرع فى مجال حسابها تنسحب إلى المعاش بمختلف صوره ، وليس من شأنها أن تنحى قاعدة تستقل فى مضمونها عنها ويجوز إعمالاً إلى جانبها هى تلك المتعلقة بالحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير » .

وحيث أن هيئة قضايا الدولة فى كشفها عما تقول به من غموض تعلق بتلك الحيثية ، تقرر أن إنفاذ مبدأ المساواة أمام القانون ينبغى أن يكون منصرفاً إلى كل المراكز القانونية المتماثلة ، وقد توحى الحيثية محل طلب التفسير ، أن المؤمن عليهم الذين انتهت خدمتهم بالتقاعد قبل الأول من يوليو ١٩٨٧ يفيدون من قاعدتين فى مجال المعاش ، إحداهما تلك التى كفلها القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ ، وأخراهما تلك التى كشفت عنها المحكمة الدستورية العليا على ضوء فهمها لأحكام القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ، ولو كان إعمال هاتين القاعدتين معا مؤدياً إلى امتيازهم على نظائرهم الذين أحيلوا إلى التقاعد اعتباراً من الأول من يوليو ١٩٨٧ ، والذين يتماثلون معهم فى مراكزهم القانونية ، وهو مالا يمكن أن تكون المحكمة الدستورية العليا قد قصدت إليها . ذلك أن القانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٨٧ ، وأن قرر بالنسبة إلى المؤمن عليهم الذين أحيلوا إلى التقاعد اعتباراً من الأول من يوليو ١٩٨٧ زيادة فى أجورهم مقدارها ٢٠٪ إلا أن هذه الزيادة لم يقابلها بالضرورة زيادة فى معاشاتهم جميعاً بالنسبة عينها ، ويتعين بالتالى أن يكون إعمال مبدأ المساواة أمام القانون « قيداً » على الحقوق المالية الناشئة عن اعمال القاعدتين المقررتين بمقتضى القانونين رقمى ١٠٢ ، ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بالنسبة إلى نظرائهم الذين أحيلوا إلي التقاعد قبل الأول من يوليو ١٩٨٧ ، فذلك وحده هو الذى يكفل لهؤلاء وهؤلاء المزايا المالية عينها الناشئة عن تطبيق أحكام القوانين أرقام ١٠١ ، ١٠٢ ، ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ .

وحيث أن المدعى عليه دفع بعدم قبول طلب التفسير الماثل من عدة أوجه :

اولها : أن اتصال طلب التفسير الماثل بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع التى نص عليها قانونها ، لا يكون إلا من أحد مدخلين ، هما أن تطلب محكمة الموضوع بنفسها من المحكمة الدستورية العليا أن تزيل غموضاً بقضائها حتى يمكنها إعمال أثره فى النزاع المعروض عليها ، أو أن يدعى أحد الخصوم أمامها غموض قضاء المحكمة الدستورية العليا لتجيل بصرها فى هذا الادعاء ، فاذا تبين لها جديته ، منحته أجلاً يقيم خلاله دعواه بالتفسير أمام المحكمة الدستورية العليا ، وإذ قدم طلب التفسير الماثل - لا عن طريق محكمة الموضوع - بل مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا ، فإنه لا يكون قد اتصل بها وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً .

ثانيها : الأصل وفقاً للمادة ١٩٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، هو أن يقع ثمة غموض أو ابهام فى منطوق الحكم أو فى أسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، وإذ كانت هيئة قضايا الدولة لا تنازع فى الدعامتين اللتين قام عليهما قضاء المحكمة الدستورية العليا ، ولا فى النتيجة المترتبة عليهما ، وكان منطوق الحكم قاطعاً جلياً فى معناه ، ولا خفاء فيما ارتبط به من الأسباب ارتباطاً لايقبل التجزئة ، فإن طلب التفسير الماثل ، يكون قد جاوز الحدود المقررة قانوناً للتفسير القضائى .

ثالثها : أن طلب التفسير الماثل يتوخى تقرير قيود على الحقوق الناشئة عن إعمال القاعدتين المقررتين بالقانونين رقمى ١٠٢ ، ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ فى مجال المعاش المستحق للمؤمن عليهم الذين انتهت خدمتهم قبل أول يوليو ١٩٨٧ ، وليس ذلك إلا تعديلاً لقضاء الحكم ، وطعناً عليه بالمخالفة لنص المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا .

رابعها : أن طلب التفسير الماثل يتعلق بإعمال أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، وهو ما يدخل فى اختصاص محكمة الموضوع .

وحيث أن ما ينعاه المدعى عليه من عدم اتصال طلب التفسير الماثل بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها ، مردود بما استقر عليه قضاؤها من أن المشرع غاير بين التفسيرين التشريعى ، والقضائى فى شأن نطاق كل منهما ، وغاياته ، والجهة التى تتقدم بطلبه ، ذلك أن طلب التفسير التشريعى - عملاً بنص المادوة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا - لا يقدم إلا من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، إذا كان للنص التشريعى المطلوب تفسيره أهمية جوهرية لا ثانوية ، وكان قد ثار عند تطبيقه خلاف حول مضمونة تتباين معه الآثار القانونية التى يرتبها فيما بين المخاطبين بأحكامه بما يخل عملاً بعمومية القاعدة القانونية الصادرة فى شأنهم والمتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها ، ويهدم بالتالى ما تقتضيه المساواة بينهم فى مجال تطبيقها ، مما يحتم رد هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد على ضوء ما قصده المشرع منها عند إقرارها ، وذلك حسماً لمدلولها ولضمان أن يكون تطبيقها متكافئاً فيما بين المخاطبين بها .

وإذا كان ما تقدم هو الشأن فى التفسير التشريعى ، فإنه فى نطاق التفسير القضائى ، يجوز لكل خصم - وعملاً بنص المادة ١٩٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التى يعتبر مضمونها مندمجاً فى قانون المحكمة الدستورية العليا على تقدير أن تطبيقها على الأحكام التى تصدرها ، ولا يتعارض مع طبيعة اختصاصاتها والأوضاع المقررة أمامها - أن يتقدم مباشرة إليها بدعواه المتعلقة بتفسير قضائها ، وقوفاً على حقيقة مرادها منه ، واستنهاضاً لولايتها فى مجال تجلية معناه ، وتحديداً لمقاصدها التى التبس فهمها حقاً ، ودون خروج عما قضى به الحكم المفسر - بنقص أو زيادة أو تعديل - إذا كان الغموض أو الإبهام - سواء فى منطوق هذا الحكم أو ما تصل به الدعائم التى لا يقوم بدونها - قد اعتراه فعلاً ، فأصبح خافياً . ذلك أن الحكم الصادر بالتفسير يعتبر متمماً من كل الوجوه للحكم المفسر ، ولا يجوز بالتالى أن يتذرع أحد بالتفسير لتقويض بنيانه ، أو لتنفيذه على غير مقتضاه ، متى كان ذلك ، وكان طلب التفسير الماثل قد قدم مباشرة إلي المحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع التى نص عليها قانونها ، فإنه يكون قد اتصل بها اتصالاً مطابقاً للقانون .

وحيث أن البين من قضاء المحكمة الدستورية العليا فى شأن الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» أنه أقيم على عدة دعائم .

أولها: أن نظام التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، يشمل التأمين ضد مخاطر بذاتها تندرج الشيخوخة والعجز والوفاة تحتها ، وفى تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بكلمة «المؤمن عليه» العامل الذى تسرى عليه أحكام ذلك القانون ويفيد من المزايا التأمينية التى نص عليها عند تحقق الخطر المؤمن منه ، سواء أكان من العاملين المدنيين بالدولة أو هيئاتها أو مؤسساتها العامة أو وحداتها الاقتصادية أو غيرها من وحدات القطاع العام الاقتصادية ، أم كان من العاملين الخاضعين لأحكام قانون العمل بالشروط التى نص عليها قانون التأمين الاجتماعى . ذلك أن محل التأمين أو العنصر الجوهرى فيه - جماعياً كان هذا التأمين أم فردياً - هو تحقق الخطر المؤمن منه . بل أن التأمين من هذا الخطر لمواجهة آثاره بعد وقوعها ، هو الدافع إلى التأمين أيا كانت الجهة التى تنظم عملية توزيع المخاطر وتشتيتها بين المؤمن عليهم ، وما التأمين الاجتماعى إلا صورة من صور التأمين تقوم الدولة فيها بدور المؤمن وقد فصل قانون التأمين الاجتماعى قواعد هذا النظام ونطاق سريان أحكامه وحدد الصناديق التأمينية التى توفر مختلف صور التأمين وما يتصل بها من الحقوق المالية ، فقرر بصريح مادته السابعة عشرة أن المشمولين بتأمين الشيخوخة مؤمن عليهم ، وأن مقابل التأمين بالنسبة اليهم يتكون من عدة عناصر من بينها الحصة التى يلتزمون بأدائها من أجورهم سواء أكان الأجر أساسياً أم كان أجراً متغيراً ، وأبان كذلك بمادته الثامنة عشرة عن أن المعاش يستحق بانتهاء خدمة « المؤمن عليه » لبلوغه سن التقاعد المنصوص عليه بنظام التوظيف المعامل به .

ثانيها: أن أصل الحق فى المعاش عن الأجر المتغير ، قد تقرر بمقتضى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ امتداداً للحماية التأمينية لتشمل أجر المؤمن عليه بمختلف عناصره وإذ كان ما تغياه المشرع بذلك هو أن يوفر للمؤمن عليه معاشاً مناسباً مقارباً لما كان يحصل عليه من أجر أثناء مدة خدمته ، يفى باحتياجاته الضرورية بعد بلوغ سن التقاعد التى يتحقق عندها الخطر المؤمن منه ، فإن عبارة « المؤمن عليه » التى تضمنتها المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ المشار إليه - قبل تعديلها - لا يجوز قصرها على فئة بذاتها من المحالين إلى التقاعد ، هى تلك التى تكون فى الخدمة فى الأول من يوليو ١٩٨٧ .

ثالثها: أنه فى مجال استظهار المقاصد التى رمى المشرع إلى بلوغها من وراء إقراره حكماً معيناً ، فإن العبارة التى صاغ المشرع بها النص التشريعى - فى سياقها ومحددة على ضوء طبيعة الموضوع محل التنظيم التشريعى والأغراض التي يتوخاها - هى التى يتعين التعويل عليها ابتداء ، ولا يجوز العدول عنها إلى سواها إلا إذا كان التقيد بحرفيتها - يناقض أهدافاً واضحة مشروعة سعى إليها المشرع ، وكان استقراء الشرطين الثانى والثالث اللذين علق عليهما القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ قبل تعديل مادته الأولى - استحقاق المحالين إلي التقاعد الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، يدل على أن مدد الاشتراك عن هذا الأجر يعتد فى حسابها بزمن معين نهايته « واقعة انتهاء الخدمة » وأن مدد الاشتراك عن الأجر الأساسى يجب ألا تقل عن فترة زمنية محددة « فى تاريخ توافر واقعة استحقاق المعاش » ، وكان ليس ثمة دليل من عبارة النص على أن هاتين الواقعتين كلتيهما - واقعة انتهاء الخدمة وواقعة استحقاق المعاش - متراخيتان إلى الأول من يوليو ١٩٨٧ ، فإن قصر الحق فى الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير على هؤلاء الموجودين فى الخدمة فى هذا التاريخ ، لا يعدو أن يكون حملاً للمادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ - قبل تعديلها - على شرط لا تتضمنه . وآية ذلك أن كلمة « المؤمن عليه »

فى جميع مواضعها من هذه المادة قد ورد لفظها عاماً دون تخصيص ، مطلقاً دون تقييد بما مؤداه انصرافها على سبيل الشمول والاستغراق إلى كل الأفراد الذين يندرجون تحتها ، ذلك أن العام لا يخصص إلا بدليل ، ولا يقيد المطلق إلا بقرينة ، وبانتفائها لا يجوز إسباغ معنى آخر علي النص التشريعي ، وإلا كان ذلك تأويلاً غير مقبول والتفافاً حول المصلحة الاجتماعية التى تظاهر النصوص التشريعية جميعها ، وتعتبر هدفاً نهائياً لها ، وقوامها فى الطعن الماثل توفير الأمن والطمأنينة لهؤلاء الذين تحقق خطر الشيخوخة بالنسبة إليهم ، وذلك بضمان حد أدنى لمعاشاتهم عن الأجور المتغيرة لا يجوز النزول عنه بحال ، ولازم ذلك ومقتضاه أن مفهوم « المؤمن عليه » فى تطبيق أحكام المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ - قبل تعديلها بالمادة الأولى من القانون المطعون فيه - ينصرف إلى كل من تعرض لخطر الشيخوخة من المؤمن عليهم سواء كان قد بلغ سن التقاعد قبل العمل بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ، أم كانت خدمته قد انتهت بعد نفاذه .

رابعها : أنه إذا توافرت فى المؤمن عليه - محدداً على هذا النحو - الشروط التى تطلبتها المادة الأولى من هذا القانون - قبل تعديلها - لاستحقاق الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، فإن مركزه القانونى بالنسبة إلى هذا المعاش يكون قد استقر بصفة نهائية ولا يجوز من بعد التعديل فى العناصر التى قام عليها . ذلك أن التغيير فيها بعد اكتمالها ليس إلا هدماً لوجوده ، وإحداثاً لمركز قانونى جديد يستقل عن المركز السابق الذى نشأ مستوفياً لشرائطه بما يخل بالحقوق التى رتبها بإنكار موجباتها ، ولئن كان الدستور قد فرض السلطة التشريعية فى مادته الثانية والعشرين بعد المائة - فى أن تقرر القواعد التى يتحدد الحق فى المعاش على ضوئها ، إلا أن الشروط التى يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق ، تعتبر من عناصره ، بها ينهض سوياً على قدميه ، ولا يتصور وجوده بدونها ، ولا أن يكتمل كيانه فى غيبتها ، ومن ثم لا تنعزل هذه الشروط عن الحق الذى تولد عنها ، لأنها من مقوماته ، ولا يتم وجوده إلا مرتبطاً بها ، بما مؤداه امتناع التعديل فيها بعد نشوء الحق مستجمعاً لها ، وإلا كان ذلك نقضاً للحق بعد تقديره ، وهو ما ينحل إلى مصادرته على خلاف أحكام الدستور التى تبسط حمايتها على الحقوق الشخصية جميعها باعتبار أن لها قيمة مالية لا يجوز الانتقاص منها .

خامسها : أن القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ المطعون فيه قد صدر بمقولة أنه تشريع مفسر لأحكام المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، وأن الغرض من إصداره هو قطع كل جدل حول المقصود بكلمة « المؤمن عليه » متى كان ذلك ، وكان من المقرر أن سلطة تفسير النصوص التشريعية سواء تولتها السلطة التشريعية ، أم باشرتها الجهة التى عهد إليها بهذا الاختصاص ، لا يجوز أن تكون موطئاً إلي تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصودة منها ، وبوجه خاص لا تتناول هذه السلطة تعديل مراكز قانونية توافرت مقوماتها وفقاً للقانون - محدد على ضوء الإرادة الحقيقية للمشرع - واكتمل تكوينها بالتالى قبل صدور قرار التفسير ، إذ يعتبر ذلك عدواناً على الحقوق التى ولدتها هذه المراكز وتجريداً لأصحابها منها بعد ثبوتها ، وهو مالا يجوز أن ينزلق التفسير التشريعى إليه أو يخوض فيه ، وكان القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ، لا يتغيا تفسير المقاصد التى توختها المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ، بل رمى إلى تعديلها عن طريق إضافة شرط جديد إلى الشروط التى تطلبتها لاستحقاق الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير

هادفاً من وراء ذلك إلى تقييد أو تضييق مجال تطبيقها لمواجهة متطلبات تمويل هذا المعاش ، فإن الأغراض المالية وحدها تكون هى الغاية النهائية التى قصد المشرع - بإصدار القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ - إلى بلوغها ، وهى بعد أغراض تنافى بطبيعتها حقيقة أبعاد التفسير التشريعى ، وليس لها به من صلة .

سادسها : أن موضوع تنظيم الحقوق وأن كان يدخل فى نطاق السلطة التقديرية التى يمارسها المشرع وفق أسس موضوعية ولاعتبارات يقتضيها الصالح العام ، إلا أن هذا التنظيم يكون مجانباً أحكام الدستور منافياً لمقاصده إذا تعرض للحقوق التى تناولها سواء بإهدارها أو بالانتقاص منها .

متى كان ذلك ، وكان القانون المطعون فيه قد توخى بمادته الأولى تعديل الشروط التى تطلبتها المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ لقيام الحق فى الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، مقيداً بذلك من نطاق تطبيقها ، ومخلاً بالتالى بالمركز القانونى للمؤمن عليهم الذين عناهم هذا القانون ، وعلق حقهم فى الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير على استيفاء الشروط التى تطلبها ، والتى يعد ذلك القانون مصدراً مباشراً لها ، وكان التعديل فى هذا المركز - التى نشأ مكتملاً مستوفياً لعناصره جميعها قبل نفاذ القانون المطعون فيه - مؤداه الحتمى حرمان فئة من المؤمن عليهم من المزايا التأمينية التى كفلها لهم القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ قبل تعديل مادته الأولى ، ويتمحض بالتالى عدواناً على حقوقهم الشخصية التى سعى الدستور إلي صونها ، فإن القانون المطعون فيه يكون قد جاوز نطاق السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق ، وذلك باقتحام المجال الذى يؤكد جوهرها ، ويكفل فعاليتها .

وحيث أن ما تقدم يعززه أن الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية « دستورية » قد تحدد موضوعها بالفصل فى دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، وكان نطاقها - محدداً على هذا النحو - لا يتصور أن يتناول غير الفصل فى استحقاق المدعى فيها للحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، وغايتها إهدار القانون المطعون فيه باعتباره عائقاً يحول دون تقرير حق المدعى فى الحصول على هذا الحد الأدنى ، متى كان ذلك ، فإن الدعوى الدستورية المشار إليها - سواء بالنظر إلى موضوعها أو على ضوء الأغراض المقصودة منها - لا يمكن أن تتناول حقوقاً غير التى جحدها القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ المطعون بعدم دستوريته ، والذى يعكس - بالنصوص التى تضمنها - المسألة الدستورية التى تتولى المحكمة الدستورية العليا الفصل فيها ، ليتعلق قضاؤها الصادر فى تلك الدعوى بنصوص هذا القانون دون غيرها ، فلا يمتد لسواها محمولاً على الدعائم التى قام عليها ، والتى لا تندرج تحتها الحيثية محل طلب التفسير ، ذلك أن موقعها من الحكم الصادر فى تلك الدعوى ، غير متصل بمنطوقة ، ولا بأسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، لا تمتد إليها حجته .

يؤيد ذلك أن تلك الحيثية كان موضوعها الزيادة فى المعاش التى كفلها المشرع بالقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ للمحالين إلى التقاعد قبل الأول من يوليو ١٩٨٧ ، والتى قام دفاع الهيئة القومية للتأمين الاجتماعى على أن تقريرها يدل على انتفاء حق المدعى فى الحصول على الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، وفى مقام الرد على هذا الدفاع ، كان على المحكمة الدستورية العليا أن تورد حيثيتها تلك - لا لتفصل بمقتضاها فى الحقوق التى كفلها القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ للمخاطبين بأحكامه سواء بإثباتها أو نفيها - وهي حقوق لم يكن طلبها معروضاً عليها فى نطاق الدعوى الدستورية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية - وإنما

لتؤكد بموجبها أن الحق فى الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير يقوم بذاته مستقلاً عن الزيادة فى المعاش المنصوص عليها فى القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى ، وألزمت الحكومة المصروفات ، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماه .

(١٥)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥م الموافق ٢٠ ذو الحجة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور/ محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور/ عبد المجيد فياض ومحمد على سيف الدين

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدى أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٥ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

السيد / جاد نظير حسين جاد

ضـــد

السيد / وزير العدل

السيد / وزير الزراعة

السيد / رئيس مجلس الوزراء

الإجراءات

فى الرابع من فبراير سنة ١٩٩٣ أودع المدعى قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة ، طالباً الحكم بعدم دستورية نص المادة ٢٥ من قرار نائب رئيس الوزراء ووزير الزراعة والأمن الغذائى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيونات وتجارة اللحوم .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمـة

بعد الأطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى كان قد ضبط بتاريخ ١٣ يونيو سنة ١٩٩١ بدائرة قسم ثان طنطا ، يعرض لحم بقر ذبح خارج المجازر العامة ، واعتبر لذلك غير صالح للاستهلاك الآدمى وفقاً للمادة ٢٥ من القرار

الوزارى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم فأحالته النيابة العامة إلى المحاكمة الجنائية ، طالبة عقابه لارتكابة جريمتين "أولهما " ذبحه حيوانات مخصص لحومها للاستهلاك الآدمي خارج المجازر العامة المخصصة للذبح ، و« ثانيهما » عرضه للبيع شيئاً من أغذية الإنسان (لحوم) فاسداً مع علمه بذلك . فقضى غيابياً بمعاقبته - عما نسب اليه - بالحبس ستة أشهر والنشر فى صحيفتين يوميتين على نفقته والمصادرة ، فطعن فى هذا الحكم بطريق المعارضة التى قضى بقبولها شكلاً وفى الموضوع برفضها وتأييد الحكم المعارض فيه ، وقد أستأنف هذا الحكم ، وقضى غيابياً بسقوط الحق فى الأستئناف ، فعارض هذا الحكم الأخير ، ودفع بعدم دستورية نص المادة ٢٥ من القرار الوزارى المشار اليه ، وأذا قدرت محكمة الموضوع جدية دفعة وصرحت له بالطعن بعدم الدستورية ، فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث أن المادة ٢٥ من قرار نائب رئيس الوزراء ووزير الزراعة والأمن الغذائى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم ، تنص على أنه :

فقرة اولى : « يحظر أن تعرض أو تباع لحوم أو أجزاء أو أعضاء أو أحشاء أو دهون الحيوانات المريضة أو التالفة غير صالحة للاستخدام الآدمى » :

فقرة ثانية : « وتعتبر أجزاء الذباح ، غير المختومة بخاتم المجزر الرسمى ، والمعروضة للبيع ، غير صالحة للاستخدام الآدمى ، ويتعين أعدامها » .

وحيث أن المدعى ينعى على الفقرة الثانية من المادة ٢٥ المطعون عليها ، افتراضها عدم صلاحية أجزاء الذبائح المعروضة للبيع - وغير المختومة بخاتم المجزر الرسمى - للاستهلاك الآدمى ، وكذلك افتراض علم عارضها للبيع بفسادها ، بذلك يكون هذا النص قد مس الحرية الشخصية ، وأهدر افتراض البراءة ، وأخل بحق الدفاع ، وجاوز حدود ولاية المشرع ، ونقض استقلال السلطة القضائية ومبدأ الفصل بين السلطات ، مما يصم هذا النص بمخالفته أحكام المواد ٤١، ٦٧ ،٦٩، ٨٦، ١٦٥ من الدستور .

وحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها ارتباطها بالمصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الفصل فى المسألة الدستورية لازماً للفصل فى الطلبات المرتبطة بها ، والمطروحة أمام محكمة الموضوع متى كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن التهمة الثانية التى نسبتها النيابة إلى المتهم ، ترتكز فى أساسها على الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة والأمن الغذائى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ آنف البيان ؛ وذلك فيما تقوم عليه من افتراض عدم صلاحية أجزاء الذبائح التى ضبط المدعى بعرضها للبيع دون ختمها بخاتم المجزر الرسمى ، للاستهلاك الآدمى ، فأن الفقرة وحدها هى التى ينحصر فيها نطاق الطعن .

وحيث أن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها من أولى المهام التى تقوم عليها الدولة تنفيذاً لخدماتها الصحية التى ألزمها الدستور بالوفاء بها وفقاً لنص المادتين ١٦ و ١٧ ويندرج تحت ذلك ضمان خلوها من الأمراض ، والتحقق من توافر مواصفتها الصحية التى تنفى عنها تلوثها أو فسادها ، وكذلك مراقبة المشتغلين بها سواء فى وسائل تصنيعها ، أو نقلها أو عرضها وطرحها للبيع ، ومن ثم فصل القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها - فى مادتيه الثانية والثالثة - الأحوال التى تعتبر فيها الأغذية غيرصالحة للاستخدام الآدامى ، سواء لإضرارها بالصحة أو فسادها أو تلفها .

وعملاً بالمادة ٤ من القانون ، تعبر الأغذية ضارة بالصحة فى الأحوال الآتية :

١- إذا كانت ملوثة بميكروبات أو طفيليات من شأنها أحداث المرض بالإنسان .

٢- إذا كانت تحتوى على مواد سامة تحدث ضرراً لصحة الإنسان إلا فى الحدود المقرر بالمادة ١١ .

٣- إذا تداولها شخص ، مريض بأحد الأمراض المعدية إلتى تنتقل عدواها إلى الإنسان عن طريق الغذاء أو الشراب أو الحامل لميكروباتها ، وكانت هذة الأغذية معرضة للتلوث .

٤- إذاكانت ناتجة من حيوان مريض بأحد الأمراض التى تنتقل إلى الإنسان أو من حيوان نافق .

٥- إذا امتزجت بالأتربة أو الشوائب بنسبة تزيد عن النسبة المقررة أو كان يستحيل تنقيتها منها .

٦- إذا احتوت على مواد ملوثة أو مواد حافظة أو أية مواد أخرى محظور استعمالها .

٧- إذا كانت عبواتها أو لفائفها ، تحتوى على مواد ضارة بالصحة .

وتنص المادة ٥ من القانون على أن تعتبر الأغذية فاسدة أو تالفة إذا تغير تركيبها أو خواصها الطبيعية من حيث طعمها أو رائحتها أو مظهرها نتيجة تحليلها كيماوياً أو مكروبياً ، وكذلك إذا انتهى التاريخ المحدد لاستعمالها ، أو احتوت على يرقات أو ديدان أو حشرات أو فضلات أو مخلفات حيوانية .

وحيث أن البين كذلك من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الزراعة ، أنه نظم الثروة الزراعية ومكافحة آفاتها ، ثم عرج للثروة الحيوانية لضمان تنميتها وحمايتها ، وتناول فى الباب الثانى من الكتاب الثانى الصحة الحيوانية ، وعرض فى الفصل الأول منه لمكافحة أمرض الحيوان ، وفى الفصل الثانى للحجر البيطرى ، وفى الفصل الثالث لذبح الحيوانات وسلخها وحفظ جلودها ، وصدره بالمادة ١٣٦ التى تنص على : « لا يجوز فى المدن والقرى التى يوجد بها أماكن مخصصة رسمياً للذبح أو مجازر عامة ، ذبح أو سلخ الحيوانات المخصصة لحومها للاستهلاك العام خارج تلك الأماكن بقرارمن وزير الزراعة » ثم أتبعها بالمادة ١٣٧ التى تخول وزير الزراعة أن يصدر القرارات المنفذة لأحكام هذا الفصل ، وبوجة خاص :

(أ) ما تعلق منها بتحديد شرط ذبح الحيوانات ونقل لحومها ومخلفاتها وعرضها للبيع والرسوم التى تفرض على الذبح .

وتنص المادة ١٣٩ من القانون على أن لمأمور الضبط القضائى ضبط لحوم الحيونات التى تذبح بالمخالفة للمادة ١٣٦ أو البند (أ) من المادة ١٣٧ .. فإذا تبين عدم صلاحيتها للاستهلاك ، وجب إعدامها .

وحيث إنه بناء على التفويض التشريعى الذى تضمنه البند (أ) من المادة ١٣٧ من قانون الزراعة ، صدر قرار وزير الزراعة والأمن الغذائى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ المشار اليه ، وبعد أن نص هذا القرار فى المادة ٢٣ منه على أن تضبط لحوم الحيوانات التى تذبح بالمخالفة لأحكام المواد ١٠٩ ، ١٣٦ ، ١٣٧ (أ) من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ ويتم إعدامها إذا كانت غير صالحة للاستهلاك الآدامى فإذا كانت صالحة وجب بيعها على أن يودع ثمن بيعها فى أقرب خزينة لحساب الهيئة العامة للخدمة البيطرية ولا يرد لصحابها إلا بعد ثبوت برأته من التهمة الموجة اليه ، قضى فى الفقرة الثانية من المادة ٢٥ بأن تعتبر أجزاء الذبائح الغير مختومة بخاتم المجزر الرسمى ، والمعروضة للبيع ، غير صالحة للاستهلاك الآدمى ، ويتعين إعدامها .

وحيث أن البين من أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها ، أن الأغذية لا تعتبر صالحة للاستهلاك الآدمى إلا فى

أحوال بذاتها حددها هذا القانون حصراً ، وتناولها تفصيلاً بالبيان ، فلا تكون الأغذية ضارة بالصحة أو فاسدة أو تالفة إلا وفق عناصر موضوعية تقوم بهذة الأغذية ، أو تتصل بها ، ويكون ثبوتها مانعاً من تداولها ، وقاطعاً لانتفاء صلاحيتها لاستهلاكها آدمياً . أذا كان ذلك ، وكان المتهم قد قدم إلى المحاكمة الجنائية لعرضه للبيع شيئاً من أغذية الإنسان (لحوم) فاسداً مع علمه بذلك ، وكان المحضر الذى حرره مأمورو الضبط القضائى عن الواقعة محل الاتهام يتضمن عرضه للبيع لحماً ذبح خارج المجازر العامة ، واعتبر لذلك غير صالح آدمياً للتناول عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ التى تنص على أن تعتبر أجزاء الذبائح الغير مختومة بالخاتم الرسمى ، والمعروضة للبيع غير صالحة لاستهلاكها آدمياً ، فإن حكم هذة الفقرة يكون منسحباً الى أمرين :

اولهما : أن اللحوم المعروضة للبيع تعتبر فاسدة لمجرد عدم ختمها بالخاتم الرسمى لأحد المجازر العامة .

ثانيهما : أن عارضها يعلم بفسادها ، بما مؤداه أن القرينة القانونية التى تضمنها النص المطعون فيه لا تقوم على مجرد افتراض القصد الجنائى ، بل تجاوز ذلك إلى افتراض مادية الأفعال التى تتكون الجريمة منها .

وحيث أن الدستور هو القانون الأساسى الأعلى الذى يرسى القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ، يقرر الحريات والحقوق العامة ، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها ، ويحدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحيتها ، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها بما يحول دون تدخل أى منها فى أعمال السلطة الأخرى ، أو مزاحمتها فى ممارسة اختصاصاتها التى ناطها الدستور بها .

وحيث إن الدستور اختص السلطة التشريعية بسن القوانين وفقاً لأحكامه ، فنص فى المادة ٨٦ على أن « يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ، ويقر السياسة العامة للدولة ، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية ، والموازنة العامة للدولة ، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية ، وذلك كله على الوجه المبين فى الدستور ، ونصت المادة ٦٦ من الدستور النص على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون وهو ما لا يعدو أن يكون توكيداً لما جرى عليه العمل من قيام المشرع بإسناد الاختصاص إلى السلطة التنفذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب ، وذلك فى حدود التى بينها القانون ولا عتبارات يقتضيها الصالح العام ، وإذ يعهد المشرع إلى السلطة التنفذية بهذا الاختصاص ، فإن عملها لايعتبر من قبيل اللوائح التفوضية المنصوص عليها فى المادة ١٠٨ من الدستور ، ولا يندرج كذلك تحت اللوائح التنفذية التى نظمتها المادة ١٤٤ منه ، وانما يقوم هذا الاختصاص على تفويض بالتشريع استناداً لنص المادة ٦٦ من الدستور لتحديد بعض جوانب التحريم والعقاب .

ومن جهة أخرى فقد عهد الدستور إلى السلطة القضائية بالفصل فى المنزاعات والخصومات عى النحو المبين فى الدستور ، فنص فى المادة ١٦٥ على أن « السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفق القانون » .

وحيث أن الدستور - فى اتجاهه إلى ترسم النظم المعاصرة ، ومتابعة خطاها ، والتقيد بمناهجها التقدمية - نص فى المادة ٦٦ منه على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها ، وكان الدستور قد دل بهذه المادة على أن لكل جريمة ركناً مادياً لا قوام لها

بغيره يتمثل أساسياً فى فعل أو امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابى ، مفصحاً بذلك عن أن ما يركن اليه القانون الجنائى ابتداء - فى زواجره ونواهيه - هو مادية الفعل المؤاخذ على ارتكابه ، إيجابياً كان هذا الفعل أم سلبياً ، ذلك أن العلائق التى ينظمها هذا القانون فى مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه ، ومحورها الأفعال ذاتها ، فى علامتها الخارجية ، مظاهرها الواقعية ، وخصائصها المادية ، إذ هي مناط التأثيم وعلته ، وهى التى يتصور إثباتها ونفيها ، وهى التى يتم التمييز على ضوئها بين الجرائم بعضها البعض ، وهى التى تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها ، وتقدير العقوبة المناسبة لها ، بل أنه فى مجال تقدير توافر القصد الجنائى ، فإن محكمة الموضوع لا تعزل نفسها عن الواقعة محل الاتهام التى قام الدليل عليها قاطعاً واضحاً ، ولكنها تجيل بصرها فيها ، منقبة من خلال عناصرها عما قصد إليه الجانى حقيقية من وراء ارتكابها ، ومن ثم تعكس هذة العناصر تعبيراً خارجياً ومادياً عن إرادة واعية ، ولا يتصور بالتالى وفقاً لاحكام الدستور أن توجد جريمة فى غيبة ركنها المادى ، ولا إقامة الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم ، والنتائج التى أحداثها بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه ، ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية - وليس النوايا التى يضمرها الإنسان فى أعماق ذاته - تعتبر واقعة فى منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكاً خارجياً مؤاخذاً عليه قانوناً ، فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها ، وتم التعبير عنها خارجياً فى صورة مادية لا تخطئها العين ، فليس ثمة جريمة .

وحيث أن اختصاص السلطة التشريعية بإقرار القواعد القانونية إبتداءً ، أو تفويض السلطة التنفذية فى اصدارها فى الحدود التى بينها الدستور ، لا يخول أيتهما التدخل فى أعمال أسندها الدستور الى السلطة القضائية وقصرها عليها ، وإلا كان هذا افتئاتاً على ولايتها وإخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات .

وحيث أن الدستور كفل فى مادته السابعة والستين الحق فى المحاكمة المنصفة بما تنص عليه من أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ، وهو حق نص عليه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان فى مادتيه العاشرة والحادية عشرة التى تقرر أولهما أن لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره فى محاكمة علنية ، ومنصفة ، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة ، تتولى الفصل فى حقوقه والتزاماته المدنية ، أو فى التهمة الجنائية الموجهة إليه ، وتردد ثانيتهما في فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إلية تهمة جنائية فى أن تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته فى محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه .

وهذه الفقرة التى تستمد منها المادة ٦٧ من الدستور أصلها ، وهى تردد قاعدة استقر العمل على تطبيقها فى الدول الديموقراطية ، وتقع فى اطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوماً للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها فى الدول المتحضرة ، وهى بذلك تتصل بتشكيل المحكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية كما أنها تعتبر فى نطاق الاتهام الجنائى وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التى قضى الدستور فى المادة ٤١ بأنها من الحقوق الطبيعية التى لا يجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه ، ولا يجوز بالتالى تفسير هذه القاعدة تفسيراً ضيقاً ، أذ هى ضمان مبدئى لرد العدوان على حقوق المواطن وحرياته الأساسية ، وهى التى تكفل تمتعه بها فى أطار من الفرص المتكافئة ، ولأن نطاقها وإن كان لا يقتصر على الاتهام الجنائى ، وانم يمتد إلى كل دعوى ولو كانت الحقوق المثارة فيها

من طبيعة مدنية ، إلا أن المحاكمة المنصفة تعتبر أكثر لزوماً في الدعوى الجنائية ، وذلك أياً كانت طبيعة الجريمة ، وبغض النظر عن درجة خطورتها .

وعلة ذلك أن إدانة المتهم بالجريمة إنما تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية وأكثرها تهديداً لحقه في الحياة ، وهي مخاطر لا سبيل إلى توقيها إلا على ضوء ضمانات فعلية توازن بين حق الفرد في الحرية من ناحية ، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى ، ويتحقق ذلك كلما كان الاتهام الجنائي معرفاً بالتهمة ، مبيناً طبيعتها ، مفصلاً أدلتها وكافة العناصر المتصلة بها ، وبمراعاة أن يكون الفصل في هذا الإتهام عن طريق محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون ، وأن تجرى المحاكمة علانية ، وخلال مدة معقولة ، وأن تستند المحكمة في قرارها بالإدانة - إذا خلصت إليها - إلى موضوعية التحقيق التي تجريه ، وإلى عرض متجرد للحقائق ، وإلى تقدير سائغ للمصالح المتنازعة وتلك جميعها من الضمانات الجوهرية التي لا تقوم المحاكمة المنصفة بدونها ، ومن ثم كلفها الدستور في المادة ٦٧ ، وقرنها بضمانتين تعتبران من مقوماتها ، وتندرجان تحت مفهومها ، هما افتراض البراءة من ناحية ، وحق الدفاع لدحض الإتهام الجنائي من ناحية أخرى ، وهو حق عززته المادة ٦٩ من الدستور بنصها على أن حق الدفاع بالأصالة أو بالوكالة مكفول وحيث أن الدستور يكفل للحقوق التي نص عليها في صلبه الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية ، وكان استيثاق المحكمة من مراعاة القواعد المنصفة آنفة البيان عند فصلها في الاتهام الجنائي ، تحقيقاً لمفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة ، لا يعدو أن يكون ضمانة أولية لعدم المساس بالحرية الشخصية - التي كفلها الدستور لكل مواطن - بغير الوسائل القانونية التي لا يترخص أحد في التقيد بها ، والنزول عنها ، وكان افتراض براءة المتهم يمثل أصلاً ثابتاً يتعلق بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها ، وليس بنوع العقوبة المقررة لها ، وينسحب إلى الدعوى الجنائية في جميع مراحلها ، وعلى إمتداد إجراءاتها ، فقد غدا من الحتم أن يرتب الدستور على افتراض البراءة عدم جواز نقضها بغير الأدلة الجازمة التي تخلص إليها المحكمة ، وتتكون من جماعها عقيدتها .

ولازم ذلك أن تطرح هذة الأدلة عليها ، وأن تقول هي وحدها كلمتها فيها ، وألا تفرض عليها أي جهة أخرى مفهوماً محدداً لدليل بعينه ، وأن يكون مرد الأمر دائماً إلى ما استخلصته هي من وقائع الدعوى ، وحصلته من أوراقها ، غير مقيدة بوجهة نظر النيابة العامة أو الدفاع بشأنها .

وحيث أنه على ضوء ما تقدم ،تتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة في مجموعة من القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاماً متكامل الملامح ، ويتوخى بالأسس التي يقوم عليها ، صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية ،ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها ، وذلك انطلاقاً من إيمان الأمم المتحضرة بحرمة الحياة الخاصة ، بوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية ، ولضمان أن تتقيد الدولة عند مباشرتها لسلطاتها في مجال فرض العقوبة صوناً للنظام الاجتماعي بالأغراض النهائية للقوانين العقابية التي ينافيها أن تكون إدانة المتهم هدفاً مقصوداً لذاته أو أن تكون القواعد التي تتم محاكماتها على ضوئها ، مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة ، بل يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها ، وهذه القواعد- وإن كانت إجرائية في الأصل - إلا أن تطبيقها في مجال الدعوى الجنائية - وعلى امتداد مراحلها يؤثر بالضرورة على محصلتها النهائية ، ويندرج تحت أصل البراءة كقاعدة أولية

تفرضها الفطرة ، وتوجبها حقائق الأشياء ، وهي بعد قاعدة حرص الدستور على إبرازها في المادة ٦٧ مؤكداً بمضمونها ما قررته المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما سلف بيانه ، والمادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان .

وحيث أن أصل البراءة يمتد إلى كل فرد سواء أكان مشتبهاً فيه ، أو متهماً ، باعتبارة قاعدة آساسية في النظام الاتهامي أقرتها الشرائع جميعها - لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين - وإنما لتدرأ بمقتضاها العقوبة عن الفرد إذا كانت التهمة الموجهة إليه قد أحاطتها الشبهات بما يحول دون التيقن من مقارفة المتهم للواقعة محل الاتهام ، ذلك أن الاتهام الجنائي في ذاته لا يزحزح أصل البراءة الذي يلازم الفرد دوماً ولا يزايله ، سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة ، أو أثنائها وعى امتداد حلقاتها ، وأياً كان الزمن الذي تستغرقه في إجراءاتها ، ولا سبيل بالتالي لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الاقناعية مبلغ الجزم واليقين ، بما لا يدع مجالاً معقولاً لشبهة انتفاء التهمة ، وبشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم قضائي استنفذ طرق الطعن فيه ، وصار باتاً .

وحيث أن افتراض البراءة لا يتمحض عن قرينة قانونية ، ولا هو من صورها ، ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محلة الأصلي ممثلاً في الواقعة مصدر الحق المدعى به ، إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها ، وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون ، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افتراضها الدستور فليس ثمة واقعة احلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلاً عنها -innocence is more properly called an assumption as opposed to a presumption it does not rest on any other proved facts , it is assumed وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها ، فقد ولد حراً مبرءاً من الخطيئة أو المعصية ، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامناً فيه ، مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض محكمة الموضوع بقضاء جازم لا رجعة فيه ، هذا الافتراض على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها ، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها ، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان متطلباً فيها ، وبغير ذلك لاينهدم أصل البراءة ، إذ هو من الركائز التي يستن إليها مفهوم المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور ، ويعكس قاعدة مبدئية تعتبر في ذاتها مستعصية على الجدل ، واضحة وضوح الحقيقة ذاتها ، تقتضيها الشرعية الإجرائية ، ويعتبر إنفاذها مفترضاً أولياً لإدارة العدالة الجنائية ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالتها الحيوية ، وليوفر من خلالها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتحامل ، بما يحول دون اعتبار واقعة ثابتة بغير دليل ، بما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقرينة قانونية ينشؤها .

حيث أن الدستور - إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة التي كفل حمايتها في المادتين ٣٢و٣٤ - توكيداً لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي - كفل حمايتها لكل فرد - وطنياً كان أم أجنبياً - ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها ، باعتبارها عائدة - في الأعم من الأحوال - إلى جهد صاحبها ، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال ،وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها ، وأحاطها بما قدره ضرورياً لصونها ، معبداً بها الطريق الى التقدم ، كافلاً للتنمية أهم أدواتها ، محققاً من خلالها إرادة الإقدام ، هاجعاً إليها لتوفر ظروفاً أفضل لحرية الاختيار والتقرير ، مطمئناً في كنفها إلى يومه وغده ، مهيمناً عليها ليختص دون غيره بثمارها

ومنتجاتها وملحاقاتها ، فلا يرده عنها معتد ، ولا يناجز سلطته فى شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها ، وليعتصم بها من دون الآخرين ، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التى تعينها على أداء دورها ، وتقيها تعرض الأغيار لها سواء بنقضها أو بانتقاصها من أطرافها ، ولم يعد جائزاً بالتالى أن ينال المشرع من عناصرها ، ولا أن يغير من طبيعتها ، أو يجردها من لوازمها ، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها ، أو يقيد من مباشرة الحقوق التى تتفرغ عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية ، ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية ، ويكون العدوان عليها غصباً ، وافتئاتاً على كيانها أدخل إلى مصادرتها ، وبقدر اتساع قاعدة الملكية تتعدد روافدها ، وتتنوع استخداماتها ، لتشكل نهراً يتدفق بمصادر الثروة القومية التى لا يجوز إهدارها ، أو التفرط فيها أو بعثراتها تلديداً لقيمتها ، ولا تنظيماً بما يخل بالتوازن بين نطاق حقوق الملكية المقررة عليها ، وضرورة تقييدها نأياً بها عن الانتهاز، أو الإضرار بحقوق الآخرين ، ذلك أن الملكية - فى إطار النظم الوضعية التى تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة - لم تعد حقاً مطلقاً ،ولا هى عصية على التنظيم التشريعى ، وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها .

ومن ثم ساغ تحميلها بالقيود التى تتطلبها وظيفتها الاجتماعية ، وهى وظيفة لا يتحدد ناطقها من فراغ ، ولا تفرض نفسها تحكماً ، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية ، والأغراض التى ينبغى رصدها عليها ، محددة على ضوء واقع اجتماعى معين فى بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها ، وبمراعاة أن القيود التى يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها ، لا تعتبر مقصودة لذاتها ، بل غايتها خير الفرد والجماعة .

وحيث أن الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من القرار الوزارى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ - بنصها على أن تعتبر أجزاء الذبائح الغير المختومة بخاتم المجزر الرسمى ، والمعروضة للبيع ، غير صالحة للاستهلاك الآدمى ، ويتعين إعدامها ، قد قطعت بأن اللحوم التى يتم عرضها على هذا النحو ، يفترض فيها - ولمجرد عدم ختمها بذلك الخاتم - إضرارها بالصحة ، أو فسادها ، أو تلفها ، وذلك بالمخالفة لنص فقرتها الأولى التى لا تجيز عرض اللحوم أو بيعها إذا كانت لا تصلح فى ذاتها لاستهلاكها آدمياً ، ولنص المادة ٢٣ من هذا القرار التى لا تجيز اعدام لحوم الحيوانات التى تذبح بالمخالفة لأحكام المواد ١٠٩ ، ١٣٦، ١٣٧ (أ) من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ إلا إذا كانت غير صالحة للاستهلاك الآدمى ، فإن كانت صالحة لذلك ، وجب بيعها ورد ثمنها إلى صاحبها إذا حكم نهائياً ببراءته ، وكذلك لنص المادة ١٣٦ من هذا القانون التى يبين منها أن المجازر الرسمية لا توجد فى كل مدن مصر وقراها ، بل فى عدد منها .

وحيث أن الفقرة الثانية المطعون عليها ، تناقض كذلك ما قرره القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها . من قواعد قانونية حدد بها حصراً الأحوال التى تعتبر فيها الأغذية ضارة بالصحة ، أو تالفة ، أو فاسدة ، أذ يبين منها أن اللحوم لا تعتبر كذلك إلا لعوار كامن فيها ، أو اتصل بها ، بما يئول إلى تلوثها ويغير من تركيبها أو قوامها أو يخرجها بوجة عام من طبيعتها ، لتتمحض أضرار بمن يتناولها ، بما مؤداه أن هذا العور يلحق الأغذية ذاتها ، ولا يقوم مستقلاً عن كوامن إصابتها ، بل يعتبر متصلاً بها اتصال قرار ، ليكون ثبوتها أو انتفاؤها دليل عدم صلاحيتها آدمياً لاستهلاكها ، أو مدار برئها من أمراضها .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكانت التهمة الثانية التى نسبتها النيابة العامة إلى المتهم ، تقوم على عرضه للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان مع علمه

بذلك ، وكان الافتراض المقرر بالفقرة الثانية المطعون عليها ، مبناه قرينة قانونية أحل بها المشرع واقعة عدم ختم الذبائح المعروضة للبيع بالخاتم الرسمى ، محل مادية الأفعال محل الاتهام وإرادة ارتكابها مع العلم بالوقائع التى تعطيها دلالتها الإجرامية ، ليكون ثبوت الواقعة البديلة دالاً على وقوع الجريمة فى ماديتها ، واقترانها بالقصد الجنائى ، فإن النص المطعون فيه يكون معفياً للنيابة العامة من التزامها الأصيل بالتدليل على قيام كل ركن يتصل ببيان الجريمة ، ويكون من عناصرها .

وحيث أنه فضلاً عما تقدم ، فإن الجريمة محل الاتهام من الجرائم العمدية ، التي يتعين أن يكون الدليل على توافر عناصر جميعها يقينياً لا ظنياً أو افتراضياً ، وكان الاختصاص المقرر دستورياً للسلطة التشريعية فى مجال إنشاء الجرائم وتقدير عقوباتها ، لا يخولها التدخل بالقرائن التى تنشئها لغل يد محكمة الموضوع عن القيام بمهمتها الأصلية فى مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التى عينها المشرع إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وكان الأصل فى القرائن القانونية - قاطعة كانت أم غير قاطعة - هو أنها من عمل المشرع ، إذ يحدد مضمونها على ضوء ما يكون فى تقديره معبراً عما يقع غالباً فى الحياة العملية l' idée de probabilité وكانت القرينة القانونية فى المجال الجنائى - لا تعتبر كذلك ، ذلك أن الأصل فى الذبائح هو خلوها من أمراضها أو ما يخرجها بوجه عام عن طبيعتها ، والأمر العارض هو انتفاء سلامتها وتعييبها ، ولا يكون ذلك إلا بالوسائل العلمية وحدها يباشرها أهل الخبرة والمتخصصون ، وما ذلك ألا حملاً على قاعدة أصولية ثابتة مفادها أن الأصل فى الصفات العارضة العدم ، وقد نقض المشرع بالقرينة التى أحداثها ما يفترض أصلاً فى الذبائح ، وهو صلاحية استهلاكها آدمياً ، وكان يجب على النيابة العامة - وهى تدعى خلاف الأصل - أن تقيم الدليل على إدعائها ، إلا أن النص المطعون فيه أعفاها من التزامها هذا ، وأحلها كذلك من التدليل على توافر القصد الجنائى فى الجريمة محل الاتهام ، منحياً بذلك المحكمة الموضوع عن تحقيق أركانها ، وهو مايعد انتحالاً تشريعاً لاختصاص مخول للسلطة القضائية ، وإهداراً لافتراض البراءة من التهمة التى نسبتها النيابة العامة إلى المتهم فى كل وقائعها وعناصرها ، واخلالاً بالحرية الشخصية التى أعتبرها الدستور حقاً طبيعياً لكل إنسان .

وحيث أن المقرر كذلك أن افتراض البراءة يقترن دائماً من الناحية الدستورية - ولضمان فعاليتها - بوسائل إجرائية إلزامية ، تعتبر من زاوية دستورية وثيقة الصلة بالحق فى الدفاع ، من بينها حق المتهم فى مواجهة الأدلة التى قدمتها النيابة العامة إثباتاً للجريمة ، وكذلك الحق فى نفيها بأدلة النفى التى يقدمها ، وكان النص المطعون فيه قد أخل بهذه الوسائل الإجرائية ، وذلك بأن جعل المتهم مواجهاً بواقعة أثبتتها القرينة فى حقه دون دليل بظاهرها ، ومكلفاً بنفيها خلافاً للأصل فى الأشياء ، وبما يناقض افتراض البراءة ويجرده من محتواه عملاً ، ويخل بضمانه الدفاع التى لا يجوز فى غيابها تحقيق الواقعة محل الاتهام الجنائى ، أو إدانة المتهم عنها ، وكان النص المطعون فيه فوق هذا قد حتم إعدام الذبائح التى اعتبرها «حكماً» فاسدة أو تالفة أو مضرة بالصحة ، وهو ما يعد عدواناً منه على حق الملكية الخاصة التى كفل الدستور صونها ، فإن هذا النص يكون مخالفاً لاحكام المواد ٣٢ و٣٤ و٤١ و٦٦ و٦٧ و٦٩ و١٦٥ من الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار نائب رئيس الوزراء ووزير الزراعة والأمن الغذائى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم ، وألزمت الحكومه المصروفات ، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

(١٦)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥م الموافق ٢٠ ذو الحجة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور/ محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وسامى فرج يوسف والدكتور/ عبد المجيد فياض ومحمد على سيف الدين ومحمد عبد القادر عبد الله

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدى أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

السيد / أحمد فؤاد على عيسى

ضـــد

١ - السيد / رئيس الجمهورية .

٢ - السيد / رئيس مجلس الشعب .

٣ - السيد / رئيس مجلس الوزراء .

٤ - السيد / وزير التموين والتجارة الداخلية .

٥ - السيد / وزير الصناعة .

٦ - السيد / وزير الصحة .

٧ - السيد / وزير العدل .

٨ - السيد المستشار / النائب العام .

الإجراءات

بتاريخ الحادى والعشرين من سبتمبر سنة ١٩٩٤ أودع المدعى صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة طالباً الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من البند (١) من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ فيما تضمنه من افتراض العلم بالغش أو الفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الجائلين ما لم يثبت حسن نيته ومصدر الأشياء موضوع الجريمة .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة اختتمتها بطلب الحكم برفض الدعوى . وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها . ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن النيابة العامة قدمت المدعى إلى المحاكمة الجنائية أمام محكمة جنح الساحل فى قضية الجنحة رقم ١٢٠١ لسنة ١٩٩٤ بوصف أنه فى يوم ١٩٩٣/١١/٢٠ بدائرة قسم الساحل عرض شيئاً من أغذية الإنسان غير مطابق للمواصفات على النحو المبين بالأوراق ، وطلبت عقابه بالمواد ١/٢ ، ٧ ، ٨ ، ٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس

والغش ، وكذلك مواد القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها ، وبجلسة ١٩٩٤/٤/٢٣ قضت محكمة جنح الساحل حضورياً بتغريم المدعى مائتى جنيه والمصادرة ، ونشر الحكم فى جريدتين واسعتى الانتشار استأنف المدعى ذلك الحكم أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية فى قضية الجنحة المستأنفة رقم ٦٧١٩ لسنة ١٩٩٤ س . شمال وبجلسة ١٩٩٤/٦/٢٣ دفع المدعى بعدم دستورية نص المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ - المشار إليه ، وإذا قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه ، فقد صرحت له برفع دعواه بعدم الدستورية ، وحددت لنظر الدعوى الموضوعية جلسة ١٩٩٤/١٢/١، فأقام الدعوى الماثلة .

وحيث أن المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش - المشار إليه - كانت تنص - قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ - على ما يأتى :

« يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين :

١- من غش أو شرع فى أن يغش شيئاً من أغذية الإنسان أو الحيوان أو من العقاقير أو من الحاصلات الزراعية أو الطبيعية معداً للبيع ، أو من طرح أو عرض للبيع أو باع شيئاً من هذه الأغذية أو العقاقير أو الحاصلات ، مغشوشة كانت أو فاسدة ، مع علمه بذلك .

ويفترض العلم بالغش أو الفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة ، أو من الباعة الجائلين ، ما لم يثبت حسن نيته ، ومصدر الأشياء موضوع الجريمة » .

وحيث إنه بتاريخ ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٩٤ نشر بالجريدة الرسمية القانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش مستعيضاً عن نص المادة الثانية السالف بيانها بالنص الآتى :

« يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات ، وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ، ولا تجاوز ثلاثين ألف جنيه ، أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر :

١- كل من غش أو شرع فى أن يغش شيئاً من أغذية الإنسان أو الحيوان ، أو من العقاقير ، أو النباتات الطبية ، أو الأدوية أو من الحاصلات الزراعية ، أو من المنتجات الطبيعية ، أو من المنتجات الصناعية معداً للبيع ، كذلك كل من طرح أو عرض للبيع أو باع شيئاً من هذه الأغذية أو العقاقير أو النباتات الطبية أو الأدوية أو الحاصلات أو منتجات مغشوشة كانت أو فاسدة ، أو أنتهى تاريخ صلاحيتها مع علمه بذلك » .

و حيث أن من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا ،أن الغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها ، لا يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها ، وترتبت بمقتاضها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة ، ذلك أن الأصل فى القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التى تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها ، فإذا استعيض عنها بقاعدة قانونية جديدة ، سرت الواقعة الجديدة من الوقت المحدد لنفاذها ، ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ الغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من القاعدتين ، فما نشأ فى ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية ، وجرت آثارها خلال فترة نفاذها ، يظل محكوماً بها وحدها .

وحيث أن مناط المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ،

وذلك بإن يكون الفصل فى المطاعن الدستورية لازماً للفصل فى النزاع الموضوعى ، وكان جوهر الطعن ينصب على تحديد المكلف بحمل عبء الإثبات فى جريمة عرض شيء من أغذية الإنسان - مغشوشاً أو فاسداً - من زاوية دستورية ، فإن الفقرة الثانية من البند (١) من المادة الثانية المشار إليها - قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ آنف البيان - هى التى يتحدد بها نطاق الطعن بعدم الدستورية .

وحيث أن المدعى ينعى على النص المطعون فيه أنه إذ أقام قرينة قانونية افترض بمقتضاها علم التاجر أو البائع الجائل بغش الأغذية التى يعرضها للبيع أو فسادها إذا لم يثبت حسن نيته ومصدر الأشياء موضوع الجريمة ، ويكون قد خالف افتراض البراءة المنصوص عليها فى المادة ٦٧ من الدستور .

وحيث أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد اطرد على أن الدستور هو القانون الأعلى الذى يرسى القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ، يقرر الحريات والحقوق العامة ، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها ، ويحدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحيتها ، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها بما يحول دون تدخل أى منها فى أعمال السلطة الأخرى ، أو مزاحمتها فى ممارسة اختصاصاتها التى ناطها الدستور بها .

وحيث أن الدستور اختص السلطة التشريعية بسن القانون وفقاً لأحكامه ، فنص فى المادة ٨٦ منه على أن « يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ، ويقر السياسة العامة للدولة ، والخطة العامة للتنمية الأقتصادية ... كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفذية ، وذلك كله على الوجه المبين بالدستور » . كما اختص السلطة القضائية بالفصل فى المنازعات والخصومات على النحو المبين فى الدستور ، فنص فى المادة ١٦٥ منه على أن « السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون » .

وحيث أن اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين - طبقاً للمادة (٨٦) من الدستور - لا يخولها التدخل فى أعمال أسندها الدستور إلى السلطة القضائية وقصرها عليها . وإلا كان هذا افتئاتا على ولايتها ، وإخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية .

وحيث أن الدستور عنى فى مادته السابعة والستين بضمان الحق فى المحاكمة المنصفة بما تنص عليه من أن المتهم برىء حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسة ، وهو حق نص عليه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان فى مادتيه العاشرة والحادية عشرة التى تقرر أولهما أن لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره فى محاكمة علنية ، ومنصفة ، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة ، تتولى الفصل فى حقوقه والتزاماته المدنية ، أو فى التهمة الجنائية الموجهة إليه ، وتردد ثانيتهما فى فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إلية تهمة جنائية فى أن تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته فى محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه .

هذة الفقرة التى تستمد منها المادة ٦٧ من الدستور أصلها ، وهى تردد قاعدة استقر العمل على تطبيقها فى الدول الديموقراطية ، وتقع فى اطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوماً للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها فى الدول المتحضرة ، وهى بذلك تتصل بتشكيل المحكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العلمية كما أنهاتعتبر فى نطاق الاتهام الجنائى وثيقة الصلة بالحرية

الشخصية التى قضى الدستور فى المادة ٤١ بأنها من الحقوق الطبيعية التى لا يجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه ، ولا يجوز بالتالى تفسير هذه القاعدة تفسيراً ضيقاً ، إذ هى ضمان مبدئى لرد العدوان على حقوق المواطن وحرياته الأساسية ، وهى التى تكفل تمتعه بها فى اطار من الفرص المتكافئة ، ولأن نطاقها وأن كان لا يقتصر على الاتهام الجنائى ، وانما يمتد إلى كل دعوى ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية ، إلا أن المحاكمة المنصفة تعتبر أكثر لزوماً فى الدعوى الجنائية ، وذلك أياً كانت طبيعة الجريمة ، وبغض النظر عن درجة خطورتها .

وعلة ذلك أن إدانة المتهم بالجريمة إنما تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية وأكثرها تهديداً لحقه فى الحياة ، وهى مخاطر لا سبيل إلى توقيها إلا على ضوء ضمانات فعلية توازن بين حق الفرد فى الحرية من ناحية ، وحق الجماعة فى الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى ، ويتحقق ذلك كلما كان الاتهام الجنائى معرفاً بالتهمة ، مبيناً طبيعتها ، مفصلاً أدلتها وكافة العناصر المتصلة بها ، وبمراعاة أن يكون الفصل فى هذا الإتهام عن طريق محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون ، وأن تجرى المحاكمة علانية ، وخلال مدة معقولة ، وأن تستند المحكمة فى قرارها بالإدانة - إذا أخلصت إليها - إلى موضوعية التحقيق الذى تجريه ، وإلى عرض متجرد للحقائق ، وإلى تقدير سائغ للمصالح المتنازعة وتلك جميعها من الضمانات الجوهرية التى لا تقوم المحاكمة المنصفة بدونها ، ومن ثم كلفها الدستور فى المادة ٦٧ منه وقرنها بضمانتين تعتبران من مقوماتها ، وتندرجان تحت مفهومها ، هما افتراض البراءة من ناحية ، وحق الدفاع لدحض الإتهام الجنائى من ناحية أخرى ، وهو حق عززته المادة ٦٩ من الدستور بنصها على أن حق الدفاع بالأصالة أو بالوكالة مكفول .

وحيث أن الدستور يكفل للحقوق التى نص عليها فى صلبه الحماية من جوانبها العلمية وليس من معطيتها النظرية ، وكان استيثاق المحكمة من مراعاة القواعد المنصفة آنفة البيان عند فصلها فى الإتهام الجنائى ، تحقيقاً لمفاهيم العدالة حتى فى أكثر الجرائم خطورة ، إنما هو ضمانة أولية لعدم المساس بالحرية الشخصية - التى كفلها الدستور لكل فرد - بغير الوسائل القانونية المتوافقة مع أحكامه وكان افتراض براءة المتهم يمثل أصلاً ثابتاً يتعلق بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها ، وليس بنوع العقوبة المقررة لها ، وينسحب إلى الدعوى الجنائية فى جميع مراحلها ، وعلى امتداد إجراءاتها ، فقد كان من المحتم أن يرتب الدستور على افتراض البراءة عدم جواز نقضها بغير الأدلة الجازمة التى تخلص إليها المحكمة ، وتتكون من جماعها عقيدتها . ولازم ذلك أن تطرح هذه الأدلة عليها ، وأن تقول هى وحدها كلمتها فيها ، وألا تفرض عليها أية جهة أخرى مفهوماً محدداً لدليل بعينه ، وأن يكون مرد الأمر دائماً إلى ما استخلصته هى من وقائع الدعوى ، وحصلته من أوراقها ، غير مقيدة بوجهة نظر النيابة العامة أو الدفاع بشأنها.

وحيث أنه على ضوء ما تقدم ،تتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة فى مجموعة من القواعد المبدئية التى تعكس مضامينها نظاماً متكامل الملامح ، ويتوخى بالأسس التى يقوم عليها ، صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية ، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بمايخرجهاعن أهدافها ، وذلك انطلاقاً من إيمان الأمم المتحضرة بحرمة الحياة الخاصة ، وبوطأة القيود التى تنال من الحرية الشخصية ، ولضمان أن تتقيد السلطة التشريعية عند مباشرتها لمهمتها فى مجال فرض العقوبة صوناً للنظام الإجتماعى بالأغراض النهائية للقوانين العقابية التى ينافيها أن تكون إدانة المتهم هدفاً مقصوداً لذاته أو تكون القواعد التى تتم محاكماتها على ضوئها ، مصادمة للمفهوم الصحيح

لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة ، بل يتعين أن تلتزم هذة القواعد مجموعة من القيم التى تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التى لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها ، وهذه القواعد - وأن كانت إجرائية فى الأصل - إلا أن تطبيقها فى مجال الدعوى الجنائية - وعلى امتداد مراحلها يؤثر بالضرورة على محصلتها النهائية ، ويندرج تحتها أصل البراءة كقاعدة أولية تمليها الفطرة ، وتفرضها مبادىء الشريعة الإسلامية فى قوله عليه السلام « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فإخلوا سبيله ، فإن الإمام لأن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » ، وهى بعد قاعدة حرص الدستور على إبرازها فى المادة ٦٧ منه ، مؤكداً بمضمونها ما قررته المادة الحادية عشرة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان ، والمادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان .

وحيث أن أصل البراءة يمتد إلى كل فرد سواء كان مشتبهاً فيه ، أو متهماً ، باعتباره قاعدة أساسية فى النظام الاتهامى أقرتها الشرائع جميعها - لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين - وإنما لتدرأ بموجبها العقوبة عن الفرد إذا كانت التهمة المنسوبة إليه قد أحاطتها الشبهات بما يحول دون التيقن من مقارفة المتهم للواقعة محل الاتهام ، ذلك أن الاتهام الجنائى فى ذاته لا يزحزح أصل البراءة الذى يلازم الفرد دوماً ولا يزايله ، سواء فى مرحلة ما قبل المحاكمة ، أو أثنائها وعلى امتداد حلقاتها ، وأياً كان الزمن الذى تستغرقه فى إجراءاتها ، ولا سبيل بالتالى لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التى تبلغ قوتها الاقناعية مبلغ الجزم واليقين ، بما لا يدع مجالاً معقولاً لشبهة انتفاء التهمة ، وبشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم قضائى استنفذ طرق الطعن فيها ، وصار باتاً .

وحيث أن افتراض البراءة لا يتمحض عن قرينة قانونية ، ولا هو من صورها ، ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلى ممثلاً فى الواقعة مصدر الحق المدعى به ، الى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها ، وهذه الواقعة البديلة هى التى يعتبر إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون ، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التى افتراضها الدستور ، فليس ثمة واقعة احلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلاً عنها innocence is more properly- called an assumption as opposed to a presump- tion it does not rest on any other proved facts , it is assumed وإنما يؤسس افتراض البرآءة على الفطرة التى جبل الإنسان عليها ، فقد ولد حراً مبرءاً من الخطيئة أو المعصية ، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامناً فيه ، مصاحباً لة فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض المحكمة بقضاء جازم لا رجعة فيه ، هذا الافتراض على ضوء الأدلة التى تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التى نسبتها إليه فى كل ركن من أركانها ، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها ، بما فى ذلك القصد الجنائى بنوعيه إذا كان متطلباً فيها ، وبغير ذلك لاينهدم أصل البراءة ، إذ هو من الركائز التى يستند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة التى كفلها الدستور ، ويعكس قاعدة مبدئية تعتبر فى ذاتها مستعصية على الجدل ، واضحة وضوح الحقيقة ذاتها ، تقتضيها الشرعية الإجرائية ، ويعتبر إنفاذها مفترضاً أولياً لإدارة العدالة الجنائية ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية فى مجالتها الحيوية ، وليوفر من خلالها لكل فرد الأمن فى مواجهة التحكم والتسلط والتحامل ، بما يحول دون اعتبار واقعة ثابتة بغير دليل ، بما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقرينة قانونية ينشئها .

وحيث أن النص المطعون فيه بعد أن أفصح عن أن جريمة غش الأغذية أو عرض أغذية مغشوشة أو فاسدة للبيع جريمة عمدية ، باشتراطه العلم بغش المادة موضوعها أو فسادها ، نص على أن هذا العلم يفترض

فى جانب المشتغلين بالتجارة أو الباعة الجائلين ما لم يثبت المخالف حسن نيته ومصدر الأشياء موضوع الجريمة ، وبذلك أحل المشرع توافر صفة معينة فى المتهم محل واقعة علمه بغش أو فساد ما يعرضه من أغذية ، منشئاً بذلك قرينة قانونية يكون ثبوت الواقعة البديلة بموجابها ، دليلاً على ثبوت واقعة العلم بغش أو فساد السلعة التى كان ينبغى أن تتولى النيابة العامة بنفسها مسئولية إثباتها فى إطار التزامها الأصيل بإقامة الأدلة المؤيدة لإسناد الجريمة بكامل أركانها إلى المتهم ، وبوجه خاص « القصد الجنائى العام » ممثلاً فى إرادة إتيان الفعل ، مع العلم بالوقائع التى تعطيه دلالته الإجرامية .

وحيث إن القرينة القانونية التى تضمنها النص المطعون فيه على النحو المتقدم لا تعتبر من القرائن القاطعة ، إذ الأصل فى القرائن القانونية بوجه عام هو جواز إثبات عكسها ، ولا تكون القرينة قاطعة إلا بنص خاص يقرر عدم جواز هدمها ، وقد التزم قانون قمع التدليس والغش الأصل العام فى القرائن القانونية بما قررته المذكرة الإيضاحية لكل من القانونين رقمى ٨٠ لسنة ١٩٦١ و١٠٦ لسنة ١٩٨٠ المعدلين له من أن « افتراض العلم بالغش والفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الجائلين ، ينفيه إثبات حسن النية و مصدر الأشياء موضوع الجريمة ، وأنه من المسلمات أن إثبات حسن النية هو إثبات أن المتهم قد اتبع القواعد المقررة قانوناً أو التى يجرى بها العرف التجارى فى التحقق من أن الأشياء المضبوطة ليست مغشوشة أو فاسدة » ، « اعتباراً بأن هذا الإثبات سهل ميسور على التجار الذين يراعون واجب الزمة فى معاملاتهم » .

وبذا أضحت النيابة العامة غير مكلفة بإقامة الدليل على هذا العلم ، وغدا نفيه عبئاً ملقى على عاتق المتهم مثلما هو الشأن فى القرائن القانونية ، ذلك أن المشرع هو الذى تكفل باعتبار الواقعة المراد اثباتها ثابتة بقيام القرينة القانونية ، وأعفى النيابة العامة من تقديم الدليل عليها ، إذ كان ذلك ، وكان الأصل فى القرائن القانونيه بوجه عام هى أنها من عمل المشرع - على التفصيل السابق إيراده - وهو لا يؤسسها أو يحدد مضمونها إلا على ضوء ما يكون فى تقديره غالباً أو راجحاً فى الحياة العملية ، وكانت القرينة القانونية التى تضمنها النص المطعون فيه - وحتى بافتراض جواز إعمال القرائن القانونية فى المجال الجنائي - تنافى واقع الحياة العملية ، وما يتم فيها فى الأغلب ، ذلك أن هذة القرينة تتعلق ببضائع شتى متنوعة المصادر ، يجرى التعامل فيها عبر حلقات متعددة منذ خروجها من يد منتجها أو جالبها إلى أن تصل يد عارضها الأخير ، ويتم تداولها والتعامل فيها على امتداد حلقاتها هذه ، وبافتراض خضوعها لنظم الفحص والرقابة التى تفرضها التشريعات المختلفة ، وتقوم على تنفيذها الجهات الحكومية المختصة فى منابعها سواء داخل مصادر إنتاجها المحلية ، أو قبل تجاوزها الدائرة الجمركية حال جلبها ، ولازم ما تقدم ، أن عدم إثبات عارض السلعة الغذائية وما جرى مجراها لمصدرها ، لا يفيد بالضرورة علمه بغشها أو بفسادها ، كما أن تكليفه بإثبات حسن نيته باعتباره من المواطنين الشرفاء الذين يتعاملون فى تلك السلع وفق أصول المهنة ومقتضياتها لا يعدو أن يكون أمراً عسراً ومتميعاً فى آن واحد ، ومن ثم لا ترشح الواقعة البديلة التى اختارها النص المطعون فيه - وفى الأعم الأغلب من الأحوال لاعتبار واقعة العلم بغش السلعة أو فسادها ثابتة بحكم القانون ولا تربطها علاقة منطقية بها ، وتغدو هذه القرينة

بالتالى مقحمة لإهدار افتراض البراءة ، ومفتقرة إلى أسسها الموضوعية ، ومجاوزة لضوابط المحاكمة المنصفة التى كفلها الدستور .

وحيث أنه لما كانت جريمة عرض أغذية مغشوشة أو فاسدة من الجرائم العمدية التى يعتبر القصد الجنائى ركناً فيها ، وكان الأصل هو أن تتحقق المحكمة بنفسها ، وعلى ضوء تقديرها للأدلة التى تطرح عليها ، من علم المتهم بحقيقة الأمر فى شأن كل واقعة تقوم عليها الجريمة ، وأن يكون هذا العلم يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً ، وكان الاختصاص المقرر دستورياً للسلطة التشريعية فى مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوبتها - وعلى ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا - لا يخولها التدخل بالقرائن التى تنشئها لغل يد المحكمة الجنائية عن القيام بمهمتها الأصلية فى مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التى عينها المشرع إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية ، وكان النص المطعون فيه قد حدد واقعة بذاتها جعل ثبوتها بالطريق المباشر دالاً بطريق غير مباشر على العلم بالواقعة الإجرامية مقحماً بذلك وجهة نظر التى ارتآها فى مسألة يعود الأمر فيها بصفة نهائية إلى محكمة الموضوع لاتصالها بالتحقيق الذى تجريه بنفسها تقصياً للحقيقية الموضوعية عند الفصل فى الأتهام الجنائى ، وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه ، ومآل ما يسفر عنها إلى العقيدة التى تتكون لديها من جماع الأدلة المطروحة عليها ، إذ كان ذلك ، فإن المشرع إذ أعفى النيابة العامة - بالنص المطعون فيه - من إثباتها لواقعة بذاتها تتصل بالقصد الجنائى وتعتبر من عناصره ، هى واقعة علم المتهم بغش السلعة التى يعرضها أو فسادها ، حاجباً بذلك محكمة الموضوع عن تحقيقها ، وعن أن تقول كلمتها بشأنها ، بعد أن افترض النص المطعون عليه هذا العلم بقرينة لا محل لها ، ونقل عبء نفيه إلى المتهم ، فإن عمله هذا يعد انتحالاً لاختصاص كلفه الدستور للسلطة القضائية ، وإخلالاً بمبدأ الفصل بينها وبين السلطة التشريعية ، ومناقضاً كذلك لافتراض براءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه في كل واقائعها وعناصرها .

وحيث أن افتراض براءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه يقترن دائماً من الناحية الدستورية -ولضمان فعاليته - بوسائل إجرائية إلزامية تعبر وسيلة الصلة بالحق فى الدفاع ، وتتمثل فى حق المتهم فى مواجهة الأدلة التى قدمتها النيابة العامة إثباتاً للجريمة والحق في دحضها بأدلة النفى التي يقدمها ، لما كان ذلك ، وكان النص المطعون عليه وعن طريق القرينة القانونية التى افترض بها ثبوت القصد الجنائى - قد أخل بهذه الوسائل الإجرائية بأن جعل المتهم مواجهاً بواقعة أثبتتها القرينة في حقه بغير دليل ، ومكلفاً بنفيها خلافاص لأصل البراءة ، ومسقطاً عملاً كل قيمة أسبغها الدستور على هذا الأصل ، وكان النص المطعون عليه - وعلي ضوء ما تقدم جميعه - ينال من مبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية ، ومن الحرية الشخصية ، كما يناقض افتراض البراءة ، ويخل بضوابط المحاكمة المنصفة ، وماتشتمل عليه من ضمان الحق فى الدفاع ، فزنه بذلك يكون مخالفاً لأحكام المواد ٢ ، ٤١ ، ٦٧ ، ٦٩ ، ٨٦ ، ١٦٥ من الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من البند (١) من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنية مقابل أتعاب المحاماه .

(١٧)

باسم الشعب
المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥م الموافق ٢٠ ذو الحجة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور/

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور/ محمد إبراهيم أبو العينين وفاروق عبد الرحيم غنيم وسامى فرج يوسف والدكتور/ عبد المجيد فياض ومحمد علي سيف الدين ومحمد عبد القادر عبد الله

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدى أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

الدكتور / أحمد مصطفى بسيونى

ضـد

١ - السيد / رئيس الجمهورية .

٢ - السيد / رئيس الوزراء .

٣ - السيد / رئيس مجلس الشعب .

٤ - السيد / رئيس مجلس الشورى .

٥ - السيد / وزير العدل .

٦ - السيد / النائب العام .

٧ - الدكتور / خيرى أحمد السمرة .

٨ - الدكتور / حسام الدين أحمد موافى .

٩ - السيد / مدحت أحمد حلمى شاهين .

الإجراءات

بتاريخ ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٩٤ أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالباً الحكم بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية من وجوب تقديم ، المتهم بارتكاب جريمة القذف بطريق النشر فى إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات أن يقدم للمحقق عند أول استجواب له ، وعلى الأكثر فى الخمسة الأيام التالية ، بيان الأدلة على كل فعل أسند إلى الموظف العام أو شخص ذى صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ، وإلا سقط حقه فى إقامة الدليل المشار إليه فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم أصلياً بعدم قبول الدعوى ، واحتياطياً برفضها .

وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

وقد نظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن النيابة العامة كانت قد أقامت الدعوى الجنائية فى القضية رقم ١٠٧٢ لسنة ١٩٩٤ جنح السيدة زينب ضد المدعى وآخرين بوصف أنهم خلال الفترة من ١٩٩٢/٨/٢٨ وحتى ١٩٩٢/١١/٢١ بدائرة قسم السيدة زينب بمحافظة القاهرة قذفوا وسبوا الدكتور/خيرى أحمد السمرة وآخرين علانية بطريق النشر ، وكان ذلك بسب أداء المجنى عليهما الأولى والثانى لأعمال وظيفيتهما بأن قدم المتهم الأولى « المدعى » - بسوء نيه - إلى المتهمين من الثانى حتى الخامس بيانات ومعلومات غير صحيحة بقصد نشرها ، أسند فيها إلى المجنى عليهم أموراً لو صدقت لأوجبت عقابهم واحتقارهم عند أهل وطنهم ، وذلك بأن أسند إليهم فيها التربح من أعمال وظائفهم فى عمليات المناقصات والمزايدات الخاصة بتركيب شبكة الغازات الطبية والتكييف المركزى بكلية طب قصر العينى ، والإعلان عن مناقصة لشبكة الغازات الطبية والغائها أكثر من مرة بغية إسنادها للمدعو مدحت أحمد حلمى شاهين صهر المجنى عليه الأول بطريق الأمر المباشر ، فقام المتهمون من الثانى حتى الخامس بنشر هذة الأمور بعبارات وألفاظ تصفهم بالتربح من أعمال وظائفهم ، وأهدار المال العام والسرقة ، وذلك بقصد الإساة والتشهير بالمجنى عليهم المذكورين ، وعلى النحو المبين بالتحقيقات وطلبت النيابة معاقبتهم بالمواد ١٧١ ، ١٨٥ ، ١٩٥ ، ٣٠٢ ، ٢/٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ من قانون العقوبات ، والمادة ٢/١٥ من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية المضافة بالقرار بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩ ، وأثناء نظر الدعوى الجنائية ، دفع المدعى أمام محكمة الموضوع - بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة (١٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية من أنه يجب على المتهم بارتكاب جريمة القذف بطريق النشر فى أحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات أن يقدم للمحقق عند أول استجواب له ، وعلى الأكثر فى الخمسة أيام الأولى التالية ، بيان الأدلة على كل فعل أسند ألى الموظف العام أوشخص ذو صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ، وإلا سقط حقه فى إقامة الدليل المشار إليه فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات ، وإذ قدرت المحكمة المذكورة جدية الدفع بعدم الدستورية ، فقد صرحت للمدعى بإقامة دعواه الدستورية ، فأقام الدعوى الماثلة .

وحيث أنَّ المدعى ينعى على الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ من قانون الاجراءات الجنائية - فى الحدود السلف بيانها - مخالفتها لأحكام المواد ٤٧ ، ٦٧ ، ٦٩ من الدستور ، واستناداً إلى ذات الأسباب التى أقامتها عليها المحكمة الدستورية العليا حكمها الصادر بجلسة ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١١ق « دستورية » .

وحيث أن المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات تنص فى فقرتها الأولي على أنه « يعد قاذفاً كل من أسند لغيره بواسطة أحدى الطرق المبينة بالمادة ١٧١ من هذا القانون ، أموراً لوكانت صادقة ، لأوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً ، أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه » .

كما تنص فقراتها الثانية على أنه « ومع ذلك ، فالطعن فى أعمال موظف عام أوشخص ذو صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ، لا يدخل تحت حكم هذه المادة إذا حصل بسلامة نية ، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة بشرط إثبات حقيقة كل فعل أسند إليه » .

أما فقرتها الثالثة فنصها « لا يقبل من القاذف إقامة الدليل لإثبات ما قذف به إلا في الحالة المبينة في الفقرة السابقة » ، وتوجب الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية ، على المتهم بارتكاب جريمة القذف بطريق النشر في إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات ، « أن يقدم للمحقق عند أول استجواب له ، وعلى الأكثر في الخمسة أيام الأولى التالية ، بيان الأدلة على كل فعل أسند ألى الموظف العام أوشخص ذو صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ، وإلا سقط حقه في إقامة الدليل المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧ المعدل لقانون الإجراءات الجنائية ما يلي « من المفهوم أن نص قانون العقوبات على عدم العقاب على القذف في حق الموظف العام أو ذو الصفة النيابية العامة ، أو المكلف بخدمة عامة ، مبناه أن المشرع قد افترض في القاذف التأكد بالدليل من صحة ما يرمي به ، وأن أدلته جاهزة لديه قبل النشر ، وإلا كان القذف مجازفة يعتمد مرتكبها على ما يتصيده من أدله ، لذلك يجب التدخل بإلزامه بتقديم هذه الأدلة دون مطل أو تأخير ، وحتى لا تبقى أقدار الناس معلقة مدة قد تطول فيتأذون بهذا التعليق أبلغ الأذى ، وأنه وإن كانت المصلحة العامة قد أباحت الطعن على الموظفين وغيرهم من ذوي الصفات العامة ، فأن هذة المصلحة بعينها تقضي بحمايتهم من المفتريات التي توجه إليهم نكالاً بأشخاصهم فتصيب الصالح العام من ورائهم بأفدح الأضرار ، فرؤى لذلك إضافة حكم جديد إلى المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية يوجب على المتهم بارتكاب جريمة قذف بطريق النشر في أحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات أن يقوم عند أول استجواب له - وعلى الأكثر الخمس أيام التالية - ببيان الأدلة على وقائع القذف وإلا سقط حقه في اثباتها بعد ذلك ، على أن هذا الإيجاب لا يتجاوز مطالبته بتقديم صور الأوراق التي يستند إليها ،وأسماء الشهود الذين يعتمد على شهادتهم وما يستشهدهم عليه ، وغني عن البيان أن إيراد هذا الحكم في المادة ١٢٣ بباب التحقيق بمعرفة قاضي التحقيق ، ينصرف أيضاً بطريق اللزوم إلى التحقيق بمعرفة النيابة العامة ، إعمالاً للمادة ١٩٩ التي تسحب الأحكام المقررة لقاضي التحقيق على إجراءات التحقيق بمعرفة النيابة العامة فيما لم يرد فية نص خاص بها .... » .

وحيث أن الدستور حرص علي أن يفرض على السلطتين التشريعية و التنفيذية من القيود ما ارتآه كفيلاً بصون الحقوق والحريات على اختلافها ، كي لا تقتحم إحداهما المنطقة التي يحميها الحق أو الحرية ، أو تتداخل معها ، بما يحول دون ممارستها بطريقة فعالة ، ولقد كان تطوير هذة الحقوق والحريات وإغنائها من خلال الجهود المتواصلة الساعية لإرساء مفاهيمها الدولية بين الأمم المتحضرة ، مطلباً أساسياً توكيداً لقيمتها الاجتماعية ، وتقديراً لدورها في مجال إشباع المصالح الحيوية المرتبطة بها ، ولردع كل محاولة للعدوان عليها ، وفي هذا الإطار تزايد الاهتمام بالشئون العامة في مجالاتها المختلفة ، وغدا عرض الآراء المتصلة بأوضاعها ، وانتقاد أعمال القائمين عليها مشمولاً بالحماية الدستورية ، تغليباً لحقيقة أن الشئون العامة ، وقواعد تنظيمها وطريقة إدارتها ، ووسائل النهوض بها ، وثيقة الصلة بالمصالح المباشرة للجماعة ، وهي تؤثر بالضرورة في تقدمها ، وقد تنعكس بأهدافها القومية ، متراجعة بطموحتها إلى الوراء .

ويتعين بالتالي أن يكون انتقاد العمل العام من خلال الصحافة أو غيرها من وسائل التعبير وأدواته ، حقاً مكفولاً لكل مواطن ، وأن يتم التمكين لحرية عرض الآراء وتداولها بما يحول -كأصل عام - دون إعاقتها ، أو فرض قيود مسبقة على نشرها ، وهي حرية يقتضيها

النظام الديموقراطى ، وليس مقصوداً بها مجرد أن يعبر الناقد عن ذاته ، ولكن غايتها النهائية الوصول إلى الحقيقة ، من خلال ضمان تدفق المعلومات من مصادرها المتنوعة ، وعبر الحدود المختلفة ، وعرضها فى آفاق مفتوحة تتوافق فيها الآراء فى بعض جوانبها ، أو تتصادم فى جوهرها ، ليظهر ضوء الحقيقة جلياً من خلال مقابلتها ببعض ، وقوفاً على ما يكون منها زائفاً أو صائباً ، منطوياً على مخاطر واضحة ، أو محققاً لمصلحة مبتغاة .

ومن غير المحتمل أن يكون إنتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام تبصيراً بنواحى التقصير فيه ، مؤدياً إلى الإضرار بأية مصلحة مشروعة ، وليس جائزاً بالتالى أن يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة ، أو مواطن الخلل فى أداء واجباتها ، ذلك أن ما يميز الوثيقة الدستورية ، ويحدد ملامحها الرئيسية ، هو أن الحكومة خاطعة لمواطنيها ، ولا يفرضها إلا الناخبون ، وكلما نكل القائمون بالعمل العام - تخاذلاً أو انحرافاً - عن حقيقة واجباتهم مهدرين الثقة العامة المودعة فيهم ، كان تقويم أعوجاجهم حقاً وواجباً مرتبطاً ارتباطاً عميقاً بالمباشرة الفعالة للحقوق التى ترتكز فى أساسها على المفهوم الديموقراطى لنظام الحكم ، ويندرج تحتها محاسبة الحكومة ومساءلتها ، وإلزامها مراعاة الحدود والخضوع للضوابط التى فرضها الدستور عليها .

ولا يعدو إجراء الحوار الفتوح حول المسائل العامة ، أن يكون ضماناً لتبادل الآراء على اختلافها ، كى ينقل المواطنين علانية تلك الأفكار التى تجول فى عقولهم - ولو كانت السلطة العامة تعارضها - إحداثاً من جانبهم-وبالسائل السلمية - لتغيير قد يكون مطلوباً .

ولئن صح القول بأن النتائج الصائبة هى حصيلة الموازنة بين آراء متعددة جرى التعبير عنها فى حرية كاملة ، وأنها فى كل حال لا تمثل إنتقاء من السلطة العامة لحلول بذاتها تستقل بتقديرها وتفرضها عنوة فإن من الصحيح كذلك ، أن الطبيعة الزاجرة للعقوبة التى توقعها الدولة على من يخلون بنظامها ، لا تقدم ضماناً كافياً لصونه ، وأن من الخطر فرض قيود ترهق حرية التعبير بما يصد المواطنين عن ممارستها ، وأن الطريق إلى السلمة القومية إنما يكمن فى ضمان الفرص المتكافئة للحوار المفتوح ، لمواجهة أشكال من المعاناة - متباينة فى أبعادها -وتقرير ما يناسبها من الحلول النابعة من الإرادة العامة .

ومن ثم كان منطقياً ، بل وأمراً محتوماً أن ينحاز الدستور إلى حرية النقاش والحوار فى كل أمر يتصل بالشئون العامة ، ولو تضمن إنتقاداً حاداً للقائمين بالعمل العام ، إذ لا يجوز لأحد أن يفرض على غيره صمتاً ولو كان معززاً بالقانون ، ولأن حوار القوة إهدار لسلطان العقل ، ولحرية الأبداع والأمل والخيال ، وهو فى كل حال يولد رهبة تحول بين المواطن والتعبير عن ارائه ، بما يعزز الرغبة فى قمعها ، ويكرس عدوان السلطة العامة المناوئة لها بما يهدد فى النهاية أمن الوطن واستقرارة .

وحيث إنه على ضوء ما تقدم ، فإن إنتقاد القائمين بالعمل العام - وأن كان مريراً - يظل متمتعاً بالحماية التى كفلها الدستور لحرية التعبير عن الآراء بما لا يخل بالمضمون الحق لهذه الحرية ، أو يجاوز الأغراض المقصودة من إرسائها .

وليس جائزاً بالتالى أن تفترض فى كل واقعة جرى إسنادها إلى أحد القائمين بالعمل العام ، أنها واقعة زائفة ، أو أن سوء القصد قد خالطها ، كذلك فإن الآراء التى تم نشرها فى حق أحد ممن يباشرون جانباً من اختصاص الدولة ، لا يجوز تقييمها منفصلة عما توجبه المصلحة العامة فى أعلى درجاتها من عرض إنحرافاتهم

وأن يكون المواطنون على بينة من دخائلها ، ويتعين دوماً أن تتاح لكل مواطن فرصة مناقشتها ، واستظهار وجه الحق فيها .

وحيث أن الدستور القائم حرص على النص فى المادة ٤٧ منه على أن حرية الرأى مكفولة ، وأن لكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون ، وكان الدستور قد كفل بهذا النص حرية التعبير عن الرأى بمدلول جاء بها ليشمل التعبير عن الآراء فى مجالاتها المختلفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، إلا أن الدستور - مع ذلك - عنى بإبراز الحق فى النقد الذاتى والنقد البناء باعتبارهما ضمانين لسلامة البناء الوطنى ، مستهدفاً بذلك توكيد أن النقد - وإن كان نوعاً من التعبير - وهى الحرية الأصل التى يرتد النقد إليها ويندرج تحتها - إلا أن أكثر ما يميز حرية النقد - إذا كان بناء - أنه فى تقدير واضعى الدستور ضرورة لازمة لا يقوم بدونها العمل الوطنى سوياً على قدميه . وما ذلك إلا لأن الحق فى النقد - وخاصة فى جوانبه السياسية - يعتبر إسهاماً مباشراً فى صون نظام الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، ضرورة لازمة للسلوك المنضبط فى الدول الديموقراطية ، وحائلاً دون الإخلال بحرية المواطن فى أن « يعلم » ، وأن يكون في ظل التنظيم بالغ التعقيد للعمل الحكومى ، قادراً على النفاذ إلى الحقائق الكاملة المتعلقة بكيفية تصريفه ، على أن يكون مفهوماً أن الطبيعة البناءة للنقد - التى حرص الدستور على توكيدها - لا يراد بها أن ترصد السلطة التنفذية الآراء التى تعارضها لتحدد ما يكون منها فى تقديرها موضوعياً ، إذ لو صح ذلك لكان بيد هذه السلطة أن تصادر الحق فى الحوار العام ، وهو حق يتعين أن يكون مكفولاً لكل مواطن وعلى قدم المساواة الكاملة ، وما رمى إليه الدستور فى هذا المجال هو ألا يكون النقد منطوياً على آراء تنعدم قيمها الاجتماعية ، كتلك التى تكون غايتها الوحيدة شفاء الأحقاد والضغائن الشخصية ، أو التى تكون منطوية على الفحش أو محض التعريض بالسمعة ، كما لا تمتد الحماية الدستورية إلى آراء تكون لها بعض القيم الاجتماعية ، ولكن جرى التعبير عنها على نحو يصادر حرية النقاش أو الحوار ، كتلك التى تتضمن الحض على أعمال غير مشروعة تلابسها مخاطر واضحة تتعرض لها مصلحة حيوية .

إذ كان ذلك فأن الطبيعة البناءة للنقد ، لا تفيد لزوماً رصد كل عبارة احتوها مطبوع وتقييمها - منفصلة عن سياقها - بمقاييس صارمة ذلك أن ما قد يراه إنسان صواباً فى جزئية بذاتها ، قد يكون هو الخطأ بعينه عند آخرين ، ولا شبهة فى أن المدافعين عن آرائهم ومعتقداتهم كثيراً ما يلجأون إلى المغالاة ، وأنه إذا أريد لحرية التعبير أن تتنفس فى المجال الذى لا يمكن أن تحيا بدونه ، فإن قدراً من التجاوز يتعين التسامح فيه ، ولا يسوغ بحال أن يكون الشطط فى بعض الآراء مستوجباً إعاقة تداولها .

وحيث أن الحماية الدستورية لحرية التعبير - فى مجال القائمين بالعمل العام غايتها أن يكون نفاذ الكافة إلى الحقائق المتصلة بالشئون العامة ، وإلى المعلومات الضرورية الكاشفة عنها ، متاحاً ، وألا يحال بينهم وبينها اتقاء لشبهة التعريض بالسمعة ذلك أن ما نضيفه إلى دائرة التعريض بالسمعة - فى غير مجالاتها الحقيقية - لنزول عنها الحماية الدستورية ، لابد أن يقتطع من دائرة الحوار المفتوح المكفول بهذه الحماية ، مما يخل فى النهاية بالحق فى تدفق المعلومات ، وانتقاد الشخصيات العامة بمراجعة سلوكها وتقييمه ، وهو من متفرع من الرقابة الشعبية النابعة من يقظة المواطنين المعنيين بالشئون العامة ، الحريصين على متابعة جوانبها السلبية ، وتقرير موقفهم منها ،

ومؤدى إنكاره أن حرية النقد لن يزولها ، أو يلتمس طرقها إلا أكثر الناس اندفاعاً وتهوراً ، أو أقواهم عزماً .

وليس أدعى إلى إعاقة الحوار الحر المفتوح ، من أن يفرض قانون جنائى قيوداً باهظة على الأدلة النافية لتهمة التعريض بالسمعة - فى أقوال تضمنها مطبوع - إلى حد يصل إلى إهدار الحق فى تقديمها ، وهو ماسلكه النص التشريعى المطعون فيه . ذلك أن الأصل وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات ، هو أن انتقاد القائم بالعمل العام ، أو من كان مضطلعاً بأعبائه ، يعتبر أمراً مباحاً بشروط من بينها إثبات الناقد لحقيقة كل فعل أسنده إليه ، وقد نظم قانون الإجراءات القانونية فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ منه الكيفية التى يتم بها هذا الإثبات ، وذلك بإلزام المتهم بأن يقدم للمحقق عند أول إستجواب له وعلى الأكثر فى الخمسة الأيام التالية - بياناً بالأدلة على صحة كل فعل أسنده إلى القائم بالعمل العام ، وإلا سقط حقه فى تقديم الدليل .

وإسقاط الحق فى تقديم الدليل على هذا النحو ، لابد أن يعقد ألسنة المعنيين بالعمل العام خوفاً ، وإذا هم اخفقوا فى بيانه خلال ذلك الميعاد الذى ضربه المشرع ، وهو ميعاد بالغ القصر .

وعبئاً على هذا النحو من الشقل ، لا بد أن يكون مثبطاً لعزائم هؤلاء الحريصين على إظهار نواحى القصور فى الأداء العام ، لأنهم سيتحرجون من إعلان انتقاداتهم هذه ، ولو كانوا يعتقدون بصحتها ، بل ولو كانت صحيحة فى واقعها ، وذلك خوفاً من سقوط الحق فى تقديم الدليل عليها .

يؤيد ذلك أن السقوط المقرر بالنص التشريعي المطعون فيه ، هو مما لا تترخص محكمة الموضوع فى تقديره ، بل يعتبر مترتباً بحكم القانون تبعاً لقيم موجبة ، بما مؤداه أنه إذا ما حكم بهذا السقوط ، عومل الناقد باعتباره قاذفاً فى حق القائم بأعباء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة ، ولو كان نقده واقعاً فى إطارها ، متوخياً المصلحة العامة ، كاشفاً عن الحقيقة دائماً ، مؤكداً لها فى كل جوانبها وجزئيتها ، مقروناً بحسن النية ، مجرداً من غرض التجريح أو التهوين من مركز القائم بالعمل العام ، وهو ما ينحدر بالحق فى النقد العام إلى منزلة الحقوق محددة الأهمية ، ويخل بتعدد الآراء التى يتعين أن يشتمل عليها امتياز الحوار العام .

وحيث أن النص المطعون فية ينال كذلك من ضمانة الدفاع التى لا تقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة ، بل تمتد مظلتها كذلك وما يتصل بها من أوجه الحماية ، إلى المرحلة السابقة عليها ، وهى بعد ضمانة كفلها الدستور من خلال إلزام الدولة بأن تعمل على تقرير الوسائل الملائمة التى تعين بها المعوزين على صون حقوقهم وحرياتهم ،وهى أكثر ما تكون لزوماً فى مواجهة القيود التى تقود الحرية الشخصية أو تحد منها ، وكذلك كلما ترتب على فواتها سقوط الحق فى تقديم الدليل عند الفصل فى إتهام جنائى بما يصادم المفهوم الصحيح لأدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة ، ويناقض بالتالى القواعد المبدئية التى لا تقوم المحاكمة المنصفة بدونها ، والتى تعكس فى جوهرها نظاماً متكامل الملامح يتوخى صون الحق فى الحياة والحرية والشخصية المتكاملة .

ذلك أن من غير المتصور أن يكون دور المحامين رمزياً أو شكلياً ، متخاذلاً أوقاصراً - عن أن يقدم للمتهمين تلك المعونة الفعالة التى يقتضيها النظام الاختصامى للعدالة الجنائية ، وقوامها الفرص المتكافئة التى يواجهون من خلالها الأدلة التى طرحتها النيابة

العامة إثباتاً للجريمة ، مع الحق فى دحضها بأدلة النفى التى يقدمونها - لا خلال فترة زمنية محددة لا يحيدون عنها - بل كلما كان ذلك ممكناً - وإلي أن تصل المحاكمة الجنائية ذاتها - وعلى إمتداد مراحلها - إلى خاتمتها ، ودون ذلك لا يكون المحامون شركاء للسلطة القضائية فى سعيها دأباً للوصول إلى الحقيقة ، وألتماس الوسائل التى تعينها على تحريها ، كما يقع التمييز - فى مجال مواجهة الإتهام الجنائى - بين عناهم النص المطعون فيه من القاذفين فى حق القائم بالعمل العام ، وبين غيرهم من المتهمين دون أن يكون هذا التميز مستنداً إلى أسس موضوعية لها ما يظاهرها ، وهو ما يُعْجز المحامين عن إدارة الدفاع عن موكليهم وفق أصول المهنة ومقتضياتها ، وينحدر بضوابط ممارستها إلى حد إهدار مستوياتها الموضوعية التى يفترض أن يكون إلتزامها والنزول عليها ، حائلاً دون تقييد الحرية الشخصية بغير إتباع الوسائل القانونية السليمة سواء فى جوانبها الإجرائية أو الموضوعية .

وأن كان الدستور - بالنصوص التى كفل بها ضمانة الدفاع - يفترض ألا يقوم المحامون بعمل من جانبهم يخل بالمعاونة الفعالة التى ينبغى عليهم تقديمها لموكليهم صوناً لحقوقهم ، فإن التدخل تشريعياً بما يعوق إنفاذ متطلباتها ، يكون كذلك - ومن باب أولى - ممتنعاً دستورياً ، ذلك أن مسار الدعوى الجنائية - فى إطار الأحكام التى تضمنها النص المطعون فيه - لن يكون معبراً عن الحقيقة حتى فى صورتها الراجحة ، بل مشككاً فى نتيجتها ، ومزعزعاً الثقة فى محصلتها النهائية ، وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتها بإنكار موجباتها .

ولئن صح القول بأن كل إهمال للضوابط المثالية التى تفرضها المهنة على المحامين ، لا يخل بالضرورة بضمانه الدفاع ، وأن معيار تقييم فعاليتها لا يكون بإنكار حق المحامين فى الخلق والابتكار بما يحد من خيارتهم فيما يعد لازماً لإدارة الدفاع عن موكليهم ، وإنما يتحدد هذا المعيار على ضوء ما يعد وفقاً للمقاييس الموضوعية سلوكاً معقولاً يتقيد به المحامون وفقاً لأصول مهنتهم ، وكان من الصحيح كذلك أن النص المطعون فيه يؤول عملاً إلى صمس الحقائق المتعلقة بنواحي التقصير فى أداء القائمين بالعمل العام ، فإنه بذلك يكون منحياً لضمانه الدفاع ، ومخالفاً أحكام الدستور التى تتوخى أن تكون المحاكمة الجنائية إطاراً منصفاً للفصل فى الاتهام الجنائى ، وأن يكون مدارها وغايتها النهائية ، استكانها للحقيقة بكامل أبعادها ، وبمراعاة أن ضمانة الدفاع هى المدخل إليها ، والطريق إلى تعمق أغوارها ، ومن ثم يكون النص المطعون فيه مخالفاً لأحكام المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٧ ، ٦٧ ، ٦٩ من الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية ،من إلزام المتهم بارتكاب جريمة القذف بطريق النشر فى إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات أن يقدم للمحقق عند أول استجواب له ، وعلى الأكثر في الخمسة أيام التالية ، بيان الأدلة على كل فعل أسند ألى الموظف العام أو شخص ذو صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ، وإلا سقط حقه في إقامة الدليل المشار إليه فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات ، مع إلزام الحكومة بالمصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماه .

مـن
قضاء النقض
فى
الإيجـارات

(١)

جلسة الأحد

٢ من يناير سنة ١٩٩٤

١ - *قانون « سريان القانون من حيث الزمان - عقد « ايجار الاماكن »*

القانون . سريانه بأثر فورى على ما يقع من تاريخ نفاذه مالم ينص فيه على خلاف ذلك ، آثار العقد ، خضوعها لأحكام القانون الذى أبرم فى ظله مالم تكن أحكام القانون متعلقة بالنظام العام سريانها بأثر فورى على مالم يكن قد اكتمل من المراكز القانونية . قوانين إيجار الأماكن ، سريانها بأثر فورى على عقود الإيجار السارية ولو كانت مبرمة قبل العمل بها .

٢ - *ايجار « ايجار الاماكن » الأماكن التى تشغل بسبب العمل :*

المساكن التى تشغل بسبب العمل ، عدم سريان أحكام الباب الأول من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ عليها م ٢ منه المقابلة للمادة ٢ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . شرطه .

٣ - *نقض « أسباب الطعن » « السبب غير المنتج » :*

النعى على الحكم المطعون فيه تطبيق لنص المادة ٢ من ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ على المسكن محل النزاع وعدم الاستناد إلى اقرار الطاعن فى هذا الشأن وما تمسك به من منح الشركة مساكن أخرى للعاملين بعد احالتهم للمعاش واخلائهم للمساكن التى كانوا يشغلونها . نعى غير منتج .

١ - من المقرر طبقاً للمبادىء الدستورية أن أحكام القوانين لا تجرى ألا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها مالم ينص القانون على خلاف ذلك ، والأصل أن للقانون الجديد أثراً مباشراً تخضع لسلطانه الآثار المستقبلة للمراكز القانونية الخاصة ، ألا فى العقود فتخضع للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام فيسترد سلطانه المباشر على الآثار المترتبة على هذه العقود طالما بقيت سارية عند العمل بالقانون الجديد دون أن يكون ثمة تعارض بين هذا المبدأ وبين عدم رجعية القوانين ، واذ كانت أحكام قوانين ايجار الأماكن الاستثنائية المتتابعة آمرة ومتعلقة بالنظام العام فإنها تسرى بأثر فورى من تاريخ العمل بها على جميع الآثار المترتبة على عقود الإيجار حتى ولو كانت مبرمة قبل العمل بها .

٢ - نص المادة ٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - فى شأن تأجير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - المقابله للمادة ٢ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - يدل - على أن المناط فى عدم سريان أحكام الباب الأول فى شأن إيجار الأماكن - من هذا القانون هو ثبوت أن تكون السكنى مردها رابطة العمل بين مالك العين أو القائم عليها - وبين المرخص له بالسكن فيها بسبب هذه الرابطة ، وذلك سواء كان المسكن ملحقاً بالمرافق والمنشآت ، أو غير ملحق بها مادام أن شغله كان بسبب العمل ، ولا يحق للمنتفع بهذا المسكن التمسك بالحملة التى اسبغها المشرع فى قوانين إيجار الأماكن الاستثنائية على مستأجرى الأماكن الخالية بشأن الامتداد القانونى للعقد - ولا يجوز له أن يرفض اخلاء المكان عند انتهاء علاقة العمل بينه وبين مالك هذا المكان المخصص للعاملين بالمنشأة .

٣ - لما كان الثابت أن محكمة الموضوع قد أقامت قضاءها على خضوع المسكن محل النزاع لحكم المادة الثانية من القانون رقم ٤٩ لسنه ١٩٧٧ التى تخرج المساكن التى تشغل بسبب العمل عن

نطاق أحكامه ولم يستند إلى اقرار الطاعن فى هذا الخصوص كما أن ما تمسك به الأخير من منع الشركة المطعون ضدهما بعض العمال مساكن أخرى كمية عينية بعد إحالتهم إلى التقاعد واخلائهم من المساكن التى كانوا يشغلونها بسبب العمل لا يتعلق بالنزاع المطروح فى الدعوى ويخرج عن نطاقها فلا تلتزم المحكمة بطرحه على بساط البحث ، فمن ثم فان النعى على الحكم المطعون فيه لهذا السبب أيا كان - وجه الرأى فيه - يكون غير منتج .

(الطعن رقم ٢٣٠٧ لسنة ٥٩ق)

(٢)

جلسة الخميس

٦ من يناير سنة ١٩٩٤

١-٢ إيجار « إيجار الأماكن » . « امتداد عقد الايجار » :

وفاة مستأجر المسكن أو تركه له ، إستمرار العقد لصالح زوجته أو أولاده أو والديه المقيمين معه إقامة مستقرة ولأقاربه نسباً أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة المقيمين معه مدة سنة سابقة على الوفاه أو الترك م٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المقابلة للمادة ٢١ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . سريان هذه القاعدة سواء كان المتوفى أو التارك مستأجراً أصلياً أو من امتد العقد القانونى لصالحه ، علة ذلك .

٢ - امتداد عقد الإيجار لصالح المستفيدين من حكم المادة ٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بعد وفاة المستأجر ، شرطه ، إقامتهم معه بالعين المؤجرة قبل الوفاة أو الترك وألا يترتب عليه إحتجاز المستفيد لأكثر من مسكن فى البلد الواحد دون مقتضى المادتان ١٨ ، ٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

٣ - إثبات . محكمة الموضوع

اثبات أو نفى ترك المستأجر للعين المؤجرة وتخليه عنها للغير ، من مسائل الواقع ، إستقلال قاضى الموضوع بتقديرها متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله .

١ - نص المادة ١/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - المقابلة للمادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض على أن المشرع أفاد من مزية الإمتداد القانونى لعقد الإيجار زوجة المستأجر وأولاده ووالديه المقيمين معه إقامة مستقرة حالة وفاته أو تركه المسكن دون تحديد لمدة الإقامة بالنسبة لهؤلاء واشترط لمن عداهم مدة الإقامة المستقرة المحددة فى هذا النص الذى جاء مطلقاً غير مقيد بجيل واحد من المستأجرين ، فإن هذه القاعدة يطرد تطبيقها سواء كان المستأجر المتوفى أو التارك هو من أبرم عقد الإيجار ابتداء مع المالك أو من استمر العقد قانوناً لصالحه بعد وفاة المستأجر الأصلى أو تركه العين ، يؤيد هذا النظر أن المادة ذاتها فى آخر فقرتها ألزمت المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن كان يقيم مع المستأجر طالما توافرت فيه الشرائط التى يستوجبها تأكيداً لحقهم فى البقاء بالعين حداً من إستفحال أزمة الإسكان وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وخول للمطعون ضده الاستفادة من مزية استمرار عقد الإيجار لصالحه لإقامته مع والده الذى إستمر العقد إليه بدوره من نجله المستأجر الأصلى للعين بعد وفاته - اقامة مستقرة تجعله صاحب حق فى إستمرار عقد الايجار لصالحه بعد وفاة الوالد المذكور ورتب على ذلك قضاءه برفض الدعوى فإنه يكون قد أعمل صحيح القانون .

٢ - نص المادتين ٨ ، ١/٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ يدل - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع اشترط لاستمرار عقد الإيجار للمستفيدين من حكم المادة ١/٢٩ آنفه البيان بعد وفاة المستأجر أن تثبت إقامتهم معه بالعين قبل الوفاة أو الترك وألا يكون المستفيد من الإمتداد محتجزاً لمسكن آخر وأن مناط الاحتجاز فى هذا الخصوص هو انفراد المستأجر بالسيطرة المادية والقانونية على أكثر من مسكن فى آن واحد ويقع عبء إثبات ذلك على من يدعيه .

٣ - المقرر - أن إثبات أو نفي ترك المستأجر للعين المؤجرة وتخليه عنها من مسائل الواقع التى يستقل بتقريرها قاضى الموضوع دون معقب عليه فى ذلك ما دام الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائغه تكفى لحمله .

(الطعن ٣٥٨٣ لسنة ٥٨ق)

(٣)

جلسة الأحد

١٦ من يناير سنة ١٩٩٤

١-دستور . نظام عام ، إثبات المحررات بلغة اجنبية ، حكم:

- اللغة العربية ، هى لغة الدولة الرسمية ، وجوب الالتزام بها دون غيرها . م٢ من الدستور .

اجراءات التقاضى أو الاثبات أو إصدار الاحكام وجوب صدورها باللغة العربية . م١٩ من قانون السلطة القضائية .

المحررات المدونة بلغة أجنبية شرط قبولها . أن تكون مصحوبة بترجمة عربية . مخالفة ذلك . أثره . البطلان المطلق . تعلق ذلك بالنظام العام . استناد الحكم فى قضائه إلى عقد إيجار يحرر باللغة الفرنسية دون تقديم ترجمة لها باللغة العربية مخالف للقانون .

- النص فى المادة الثانية من الدستور على أن « الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية .. » وفى المادة ١٦٥ منه على أن « السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفق القانون » وفى المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على أن « لغة المحاكم هى اللغة العربية ، وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود اللذين يجهلونها بواسطة مترجم بعد حلف اليمين » .

- يدل على أن المشرع عد اللغة العربية من السمات الجوهرية والمقومات الأساسية التى ينهض عليها نظام الدولة ، ما يوجب على الجماعة بأسرها حكومة وشعباً بحسب الأصل الالتزام بها دون أية لغة أخرى كوسيلة للخطاب والتعبير فى جميع المعاملات وشتى المجالات على اختلافها ، وفرض المشرع على تعنين هذا الحكم فى مجال القضاء بإيجاد نص صريح جلى المعنى قاطع الدلالة فى أن اللغة العربية هى المعتبرة . أمام المحاكم يلتزم بها التقاضى والقاضى على السواء فيما يتعلق باجراءات التقاضى أو الاثبات أو اصدار الأحكام ، وقد عالج هذا النص الحالة التى يتحدث فيها الخصوم أو الشهود بلغة أجنبية فأوجب ترجمة اقواله فى اللغة العربية ، وحكمه يجرى كذلك على سائر المحررات المدونه بلغة أجنبية التى يتساند اليها الخصوم فيتعين لقبول هذه المحررات أن تكون مصحوبة بترجمة عربية لها لذات العلة ، وتحقيقاً للغاية التى استهدفها المشرع من الالتزام باستخدام اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية للدولة واحدى الركائز لإعمال سيادتها وبسط سلطانها على أراضيها مما يحتم على الجميع عدم التفريط فيها أو الانتقاص من شأنها على أية صورة كانت ، والقاعدة التى سنتها المادة ١٩ من قانون

السلطة القضائية بهذه المثابة تعد من أصول نظام القضاء المتعلقة بالنظام العام ، فيترتب على مخالفتها البطلان المطلق ، ومن ثم يجوز للخصوم التمسك بهذا البطلان كما للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر حين استند فى قضائه بإلزام الشركة الطاعنه بتحرير عقد إيجار للمطعون ضده الأول عن الشقة موضوع النزاع إلى عقد إيجارها الأصلى الذى قدمه الاخير متخذاً منه ركيزة اقام عليه قضاءه فيما ذهب إليه من صدور هذا العقد من المالك السابق للعقار الكائن به الشقة للمطعون ضده الثانى الذى تنازل عنها للمطعون ضده الأول باعتبارها مكتباً للمحاماه على الرغم من كونه محرراً باللغة الفرنسية دون تقديم ترجمة عربية لبياناته ونصوصه التى عول عليها الحكم فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم ٢٣٣٣ لسنة ٥٩ ق)

(٤)

جلسة الأحد

١٦ من يناير سنة ١٩٩٤

١-٢ محاماه . وكالة « التوكيل فى الطعن بالنقض » تجزئة « احوال عدم التجزئة » نقض « الخصوم فى الطعن »

١ - عدم تقديم المحامى رافع الطعن التوكيلات الصادرة من الطاعنين إلى من وكلوه من رفعه حتى حجزه للحكم . أثره . عدم قبول الطعن . مجرد ذكر أرقامهم لا يغنى . علة ذلك .

٢ - المحكوم عليهم فى موضوع غير قابل للتجزئة بطلان الطعن أو عدم قبوله المرفوع من بعضهم مع صحته بالنسبة للآخرين . أثره جواز تدخلهم منضمين لمن صح طعنهم . وجوب الأمر باختصامهم فى الطعن أن قعدوا عن التدخل . م ٢/٢١٨ مرافعات . علة ذلك .

١ - لما كان البين من الأوراق أن المحامى الذى رفع الطعن عن الطاعنين الأول والرابع والتاسع والعاشر والحادى عشر استند فيه إلى التوكيلات الصادره منهم .... ، .... ، .... الطاعنة الثامنة - أرقام ٣٠١ب لسنة ١٩٩٠ ، ٢٣٧ لسنة ١٩٧٧ ، ١٤٥١ لسنة ١٩٨٣ ، ٢٩ لسنة ١٩٧٩ كفر الزيات ، ١٣٤٠٨ لسنة ١٩٧٩ أسكندرية دون أن يقدمها حتى حجز الطعن للحكم وكان لا يغنى عند تقديمها مجرد ذكر أرقامها فى التوكيلات الصادرة من هؤلاء الآخرين إلى المحامى الذى وقع على صحيفة الطعن إذ أن تقديم التوكيلات واجب حتى تتحقق المحكمة من وجودها وتستطيع معرفة حدود هذه الوكالة وما إذا كانت تشمل الإذن لهم فى توكل محامين فى الطعن بالنقض ومن ثم يكون الطعن غير مقبول للتقرير به من غير ذى صفة بالنسبة للطاعنين المذكورين .

٢ - لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ من قانون المرافعات توجب على المحكمة متى كان الحكم المطعون فيه صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة وتخلف بعض المحكوم عليهم عن الطعن فيه - أن تأمر رافع الطعن باختصامهم متى قعوداً عن التدخل فى طعنه منضمين إليه فى طلباته ، وكانت هذه القاعدة تسرى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على حالة القضاء ببطلان أو عدم قبول الطعن المرفوع من بعض المحكوم عليهم متى رفع الطعن صحيحاً من الآخرين بحيث لا يؤثر ذلك فى شكل الطعن المرفوع منهم ، على أن يكون لأولئك الذين قضى بعدم قبول الطعن بالنسبة لهم - أو ببطلانه - التدخل منضمين لزملائهم فى طلباتهم فإذا قعدوا عن ذلك وجب على المحكمة أن تأمر باقى الطاعنين باختصامهم فى الطعن ، وهو ما يتفق مع اتجاه الشارع إلى الإقلال من دواعى

البطلان ، بتغليب موجبات صحة اجراءات الطعن واكتمالها على أسباب بطلانها أو قصورها ، ويساير أيا اتجاهه فى قانون المرافعات الحالى - وعلى ما يبين من مذكرته الإيضاحية إلي عدم وقوف القاضى عند الدور السلبى تاركاً الدعوى لمفاضلة أطرافها يوجهونها حسب هواهم ووفق مصالحهم الخاصة ، فمنحه مزيداً من الإيجابية التى تحقق هيمنته على الدعوى . فإذا ما تم اختصام باقى المحكوم عليهم استقام شكل الطعن واكتملت له موجبات قبوله .

(الطعن رقم ٤٨٧ لسنة ٦٣ ق)

(٥)

جلسة الأحد

٢٣ من يناير سنة ١٩٩٤

ايجار « ايجار الأماكن » « انتهاء مدة الايجار »

عقود الإيجار الغير خاضعة للقوانين الاستثنائية مؤقتة . عدم تحديد مدتها أو ربط إنهائها بأمر مستقبل غير محقق الوقوع أو استحالة معرفة تاريخ إنتهائها . وجوب اعتبار العقد منعقداً للفترة المحددة لدفع الأجرة . لكل من طرفيه الحق فى إنهائه بالتنبيه على الآخر فى الميعاد القانونى . المادتان ٥٥٨ ، ٥٦٣ مدنى .

١ - نص المادتين ٥٥٨ ، ٥٦٣ من القانون المدنى - يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المشرع استلزم توقيت عقد الإيجار واعتبر المدة وكفافية وأنه كلما تعذر معرفة الزمن الذى جعله المتعاقدان ميقاتاً ينتهى إليه العقد بأن لم تحدد له مدة ينتهى بانتهائها أو عقد لمدة غير معينة لا يمكن معرفة التاريخ الذى ينتهى فيه على وجه التحديد أو ربط انتهاؤه بأمر مستقبل غير محقق الوقوع أو استحال معرفة مدة العقد التى قصد المتعاقدان أن يستمر إليها ، وحلاً لما يمكن أن ينشأ عن ذلك من منازعات تدخل المشرع بالنص على اعتبار العقد منعقداً للمدة المحددة لدفع الأجرة ، ولم يقف المشرع عند حد تعيين المدة على هذا النحو بل رخص لكل من طرفيه - المؤجر والمستأجر - الحق فى إنهاء العقد إذا نبه على الآخر بالإخلاء فى الميعاد القانونى المبين فى المادة ٥٦٣ سالفة البيان . ولما كان الثابت أن العين محل النزاع قد أجرت لاستعمالها مقهى بأدواته ومعداته المبينه بالقائمة المرفقة بعد الايجار المؤرخ ١٩٦٨/٧/١ وكان النص فى البند الرابع منه على أن « مدة الإيجار سنة كاملة تبدأ من أول يوليو سنة ١٩٦٨ وتنتهى فى أخر يونيو سنة ١٩٦٩ وللمستأجر الحق فى تجديد المدة المذكورة لمدد أخرى مادام قائماً بسداد الالتزام المطلوب منه » . يدل على أن الايجار وأن بدأ سريانه لمدة معينة إلا أنه لحقه الامتداد مره بعد أخرى وفقاً لشروطه وأنه لا يتوقف انتهاء الإيجار على مجرد انقضاء المدة التى امتد اليها العقد بل لابد من أن ينبه المستأجر على المؤجر بانتهاء الإيجار وعدم غيبته فى استمراره ، ومالم يحصل هذا التنبيه امد العقد مدة بعد أخرى ويصبح الإيجار غير محدد المدة إذ يتعذر معرفة التاريخ الذى ينتهى اليه العقد على وجه التحديد لأن شروطه جعلت نهاية مدته منوطة بمحض مشيئة المستأجر وحده دون أى ضابط أخر مما يجعل هذه ، المدة غير محدده بحد معين ولما كانت العلاقة الإيجارية ، يحكمها العقد والنصوص القانونية التى وضعها المشرع مكملة لأحكامه أو منظمة لشروطه فإن نص المادة ٥٦٣ من القانون المدنى وقد حدد مدة الإيجار وأجاز لكل من المؤجر والمستأجر طلب انهائه يكون الواجب التطبيق على عقد الإيجار محل النزاع مما يخول المطعون ضدهم الحق فى طلب انهائه بانقضاء المدة المعينة لدفع الاجرة بعد التنبيه على الطاعنين بذلك .

(الطعن رقم ٢٣١٤ لسنة ٥٩ ق)

(٦)

جلسة الخميس

٢٧ من يناير سنة ١٩٩٤

حكم «الطعن فى الحكم»، «الأحكام غير الجائز الطعن فيها». نقض «حالات الطعن»:

الطعن بالنقض فى الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الإبتدائية بهيئة استئنافية. شرطه. فصلها فى النزاع خلافاً لحكم سابق بين الخصوم أنفسهم وحاز به الأمر المقضى. م٢٤٩ مرافعات.

- المقرر - وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات أن مناط الطعن بطريق النقض فى الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية - بهيئة استئنافية - أن يكون الحكم المطعون فيه قد فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى.

(الطعن رقم ٨٨٠ لسنة ٥٦ ق)



(٧)

جلسة الخميس

٢٧ من يناير سنة ١٩٩٤

دعوى «إعلان الدعوى، إعتبار الدعوى كأن لم تكن» إعلان:

اعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم إعلان المدعى عليه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب بسبب يرجع إلى فعل المدعى جوازى للمحكمة. م ٧٠ مرافعات.

النص فى المادة ٧٠ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون ٧٥ لسنة ١٩٧٦ المعمول به من تاريخ نشره فى ١٩٧٦/٨/٢٦ على أن يجوز بناء على طلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب وكان ذلك راجعاً إلي فعل المدعى يدل على أن المشرع جعل توقيع الجزاء المذكور منوط بأمرين :

اولهما: أن يثبت تقصير المدعى فى إتمام الإعلان فى الميعاد.

ثانيهما: أن توازن المحكمة بين مصلحة المدعى عليه فى توقيع هذا الجزاء ومصلحة المدعى فى عدم توقيعه وتقدر أى الطرفين أولى بالرعاية من الآخر إذ قد يكون الضرر الذى يعيب المدعى من اعتبار الدعوى كأن لم تكن أشد جسامه من الضرر الذى يصيب المدعى عليه من مجرد بقاء الدعوى قائمة ومنتجة لآثارها دون أن يعلم بها لمده تجاوز الثلاثة أشهر وبذلك يمكن تحقيق العدالة بين مصلحة كل من الطرفين دون اجحاف بأحدهما.

(الطعن رقم ٣٧٩١ لسنة ٦٢ ق)

(٨)

جلسة الخميس

٢٧ من يناير سنة ١٩٩٤

١ - إيجار «إيجار الأماكن»، «التأجير المفروش». دعوى «سماع الدعوى»:

جزاء عدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية م٤٣ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧. نطاقه. قصره على العقود المبرمة طبقاً للمادتين ٣٩، ٤٠ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧، لا محل لإعمال حكمه على عقد تأجير عين مفروشه بقصد استعمالها محل تجارى.

٢ - ايجار «ايجار الأماكن» صورية: «اثبات الصورية»

الطعن بأن العقد الظاهر يستر عقداً آخر - هو طعن بالصورية النسبية وجوب الإعتداد بالعقد الظاهر متى

عجز مدعيها عن اثبات ما يدعيه ، تقدير أدلة الصورية من سلطة محكمة الموضوع .

٣ - محكمة الموضوع . خبرة :

محكمة الموضوع . غيره ملزمة بإجابة طلب الخصوم ندب خبير فى الدعوى . علة ذلك .

٤ - محكمة الموضوع . سلطتها فى فهم الواقع وتقدير الأدلة :

فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة والموازنة بينها وترجيح ما يراه منها من سلطة محكمة الموضوع .

٥ - إيجار « إنتهاء الإيجار » :

عقود الإيجار الغير خاضعة لأحكام قوانين إيجار الأماكن إنتهاؤها بانتهاء مدتها بقاء المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه اعتباره تجديداً للعقد . وجوب مراعاة مواعيد التنبيه بالإخلاء فى هذه الحالة المادتان ٥٦٣ ، ٥٩٩ مدنى .

١ - النص فى المادة ٤٣ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أن لا تسمع دعاوى المؤجر كما لا تقبل الطلبات المقدمة منه الناشئة أو المترتبة على تطبيق أحكام المادتين ٣٩ ، ٤٠ إلا إذا كانت العقود المبرمة وفقاً لها مقيدة على الوجه النصوص فى المادة السابقة يدل على أن الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٤٣ بعدم سماع دعوى المؤجر لعدم قيد العقد المفروش بالوحدة المحلية لا محل لإعماله إلا إذا كان الإيجار مبرماً بالتطبيق لأحكام المادتين ٣٩ ، ٤٠ من هذا القانون أما إذا كان العقد لا يندرج ضمن الحالات المنصوص عليها فى هاتين المادتين فلا محل لإعمال هذا الجزاء الذى قصره المشرع على هذه الحالات وحدها لما كان ذلك وكان تأجير مالك العقار لمحل مجهز بقصد الاستغلال التجارى يخرج عن نطاق الحالات المنصوص عليها فى هاتين المادتين فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يقض بعدم سماع دعوى المطعون ضدهم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

٢ - الطعن بأن العقد الظاهر يستر عقداً آخر هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يقع على من يدعيها عبء إثباتها فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه ، وكان تقدير أدلة الصورية مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى .

٣ - محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة طلب الخصم بندب خبير فى الدعوى لأن ذلك يدخل فى نطاق سلطتها التقديرية فى فهم الواقع وتقدير الدليل .

٤ - لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير ما يقدم إليها من أدلة وترجيح ما تطمئن إليه منها .

٥ - مفاد نصوص المواد ٥٦٣ ، ٥٩٨ ، ٥٩٩ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأصل فى عقد إيجار المكان غير الخاضع لأحكام قوانين إيجار الأماكن أنه ينتهى بانتهاء المدة المعينة فى العقد دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء إلا أنه إذا بقى المستأجر فى العين المؤجرة بعلم المؤجر دون اعتراض منه أعتبر الإيجار مجدداً بشروط ذاتها ولكن للفترة المعينة فى العقد لدفع الأجرة وفى هذه الحالة ينتهى الإيجار إذا نبه أحد المتعاقدين على الآخر بالإخلاء قبل النصف الأخير من تلك الفترة إذا كانت أقل من أربعة أشهر ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن عقد إيجار محل النزاع متفق فيه على أن مدة الإيجار سنة من أول نوفمبر سنة ١٩٧٨ حتى آخر اكتوبر سنة

١٩٧٩ وقد استمر المستأجر بالعين المؤجرة ولم يحصل تنبيه من أحد الطرفين على الآخر قبل انقضاء مدة هذه الإجاره بشهرين فتعتبر أنها قد تجددت عن مدة ثانية بذات الشرط عينها وإذا كانت المدة الثانية قد انقضت دون اتفاق على مدة جديدة فيعتبر العقد قد تجدد بذات الشروط ولكن لمدة غير معينة طبقاً لنص المادة ٥٩٩ مدنى وتسرى بشأن المدة المجدده أحكام المادة ٥٦٣ مدنى ومن ثم يعتبر العقد متجدداً للفترة المعينة لدفع الأجرة وهى مشاهرة ويجب أن يكون التنبيه قبل النصف الأخير من الشهر الذى وجه فيه التنبيه ، وإذ نبه المطعون ضدهم على الطاعنين بإخلاء المحل موضوع النزاع فى ١٩٨٤/٨/٥ أى أن ذلك التنبيه أعلن للمستأجر قبل النصف الأخير من شهر أكتوبر سنة ١٩٨٤ الذى تجدد إليه العقد فإنه يكون صحيحاً منتجاً لآثاره ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً .

(الطعن رقم ٢٧٥٣ لسنة ٥٩ ق)

(٩)

جلسة الأحد

٦ من فبراير سنة ١٩٩٤

وكالة . محاماه . نقض

عدم تقديم المحامى رافع الطعن التوكيل الصادر من الطاعن إلى من وكله فى رفعه حتى حجز الطعن للحكم . أثره عدم قبول الطعن . علة ذلك .

أن البين من الأوراق أن المحامى الذى رفع الطعن استند فيه إلى التوكيل الصادر من الطاعن لوكيله ... برقم ١٣٩٣ج لسنة ١٩٨٦ دون أن يقدمه حتى حجز الطعن الحكم ، وكان لا غنى عن تقديمه مجرد ذكر رقمه فى التوكيل الصادر من الأخير إلى المحامى الذى وقع على صحيفة الطعن إذ أن تقديم التوكيل واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفه حدود هذه الوكالة وما إذا كانت تشمل الإذن له فى توكيل محام فى الطعن بالنقض ، ومن ثم يكون الطعن غير مقبول للتقرير به من غير ذى صفة .

(الطعن رقم ٢٣٣٨ لسنة ٥٩ ق)

(١٠)

جلسة الأحد

٢٠ من فبراير سنة ١٩٩٤

١-٢ ايجار « ايجار الاماكن » . « ايجار الارض الفضاء » « انتهاء عقد الايجار » :

١ - ورود عقد الايجار على أرض فضاء . خضوعه للقواعد العامة فى القانون المدنى دون قوانين إيجار الأماكن ولا يغير من ذلك وجود مبانى عليها - شرطه - أن يكون ماورود بعقد الايجار مطابقاً للحقيقة ولإرادة المتعاقدين .

٢ - عقود الإيجار الخاضعة للقانون المدنى مؤقتة . عدم تحديد مدتها أو ربط إنهائها بأمر مستقبل غير محقق الوقوع واستحالة معرفة تاريخ انتهائها . وجوب اعتبار العقد منعقداً للفترة المحدده لدفع الأجرة ، لكل من طرفيه الحق فى انهائه بالتنبيه على الآخر فى الميعاد القانونى - مادتان ٥٥٨ ، ٥٦٣ مدنى .

٣ - حكم « عيوب التدليل » « التناقض » :

التناقض المفسد للحكم . ماهيته .

١ - لما كانت المادة الأولى من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن والمقابلة لذات المادة من كل من القانونين رقمى ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، ٤٩

لسنة ١٩٧٧ قد استثنت صراحة الأرض الفضاء من تطبيق أحكامه ، وكان الضابط فى تعيين القانون الواجب التطبيق فى طلب الاخلاء مرده فى الأصل إلي وصف العين المؤجرة فى عقد الايجار فإن ورد العقد على أرض فضاء فإن الدعوى بالاخلاء تخضع للقواعد العامة فى القانون المدنى بصرف النظر عما اذا كان يوجد بتلك الأرض مبان وقت ابرام العقد شريطة أن يكون ما ورد بعقد الإيجار فى هذا الشأن حقيقياً انصرفت إليه ارادة العاقدين .

٢ - نص المادتين ٥٥٨ ، ٥٦٣ من القانون المدنى - يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن المشرع استلزم توقيت عقد الإيجار واعتبر المدة ركناً فيه وانه كلما تعذر معرفة الزمن الذى جعله المتعاقدان ميقاتاً ينتهى اليه العقد بأن لم تحدد له مدة ينتهى بانتهائها أو عقد لمدة غير معينة بحيث لا يمكن معرفة التاريخ الذى ينتهى اليه على وجه التحديد أو ربط انتهاؤه بأمر مستقل غير محقق الوقوع أو استحال معرفة مدة العقد التى قصد المتعاقدان أن يستمر اليها يتعين اعتبار العقد منعقداً للفترة المعينة لدفع الاجرة ويكون لكل من المتعاقدين الحق فى انهاء العقد بعد التنبيه على الآخر بالإخلاء فى المواعيد المبينة بنص المادة ٥٦٣ سالفة البيان .

٣ - المقرر فى قضاء محكمة النقض - أن التناقض الذى يعيب الحكم هو ما تتعارض به الأسباب وتتهاتر وتتماحى ويسقط بعضها بعضاً بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن أن يحمل الحكم أن يكون واقعاً فى أسبابه بحيث لا يمكن معه أن يفهم على أى أساس قضت المحكمة بما قضت به فى منطوقه.

(الطعن رقم ٢٥٦٠ لسنة ٦٣ق)

(١١)

جلسة الخميس

٢٤ من فبراير سنة ١٩٩٤

١-٧ إيجار « ايجار الاماكن » الإمتداد القانونى للتاجير المفروش « قانون تفسيره » « سريان القانون من حيث الزمان » « نظام عام » :

١ - الامتداد القانونى لعقد الإيجار المفروش . شرطه . م ٤٦ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

٢ - الامتداد القانونى لعقد الإيجار المفروش م٤٦ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ سريانه على عقود المساكن التى انتهت مدتها وظل المستأجرون شاغلين لها عند العمل بأحكام القانون المذكور سواء كان انتهاؤها بانتهاء مدتها أو بالتنبيه بالإخلاء ، تعلق أحكامه بالنظام العام ، سريانه بأثر فورى على المراكز القانونية والوقائع القانونية وقت نفاذها ولو كانت ناشئة قبلها ولم تستقر بحكم نهائى . علة ذلك .

٣ - عقد الإيجار من الباطن لمسكن مفروش . استمراره بكافة شروطه بين طرفيه لمدة غير محددة إعمالاً لحكم الإمتداد القانونى طالما أن عقد الإيجار الأصلى مازال سارياً - لا يحول ذلك استعمال المؤجر لحقه فى طلب الإخلاء متى تحقق سببه .

٤ - عقد الإيجار من الباطن . إنقضائه بانقضاء عقد الإيجار الأصلى ولو كان مأذوناً به من المؤجر . علة ذلك .

٥ - عقد الإيجار من الباطن . لا ينشىء علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمالك إلا بالنسبة للأجرة ولو كان مصرحاً بالتأجير من الباطن .

٦ - النص القانونى . لا محل لتقييده أو الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بقصد المشرع متى كان عاماً واضحاً جلى المعنى .

٧ - الامتداد القانونى لعقد الإيجار المفروش . م٤٦ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ أثره استمرار بقاء المستأجر من الباطن منتفعاً بالعين المؤجرة فى نطاق علاقة التأجير المفروش دون المساس بالمبادىء العامة نسبيه آثار العقد . مؤداه . استمرار العلاقة الإيجارية بين المستأجر من الباطن والمستأجر الأصلى . شرطه . بقاء عقد الإيجار الأصلى سارياً إنقضاؤه . أثره . عدم التزام المالك بتحرير عقد ايجار لصالح المستأجر من الباطن . علة ذلك.

١ - النص فى المادة ٤٦ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والمعمول به اعتباراً من ١٩٧٧/٩/٩ يدل « وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن رخصة الامتداد القانونى لعقد الإيجار المفروش تستلزم أن تكون العين مؤجرة مفروشة للسكنى وأن يستمر المستأجر مستأجراً لها لمدة خمس سنوات أو عشر سنوات على حسب الأحوال التى نص عليها القانون وأن تكون هذه المدة متصلة وسابقة على ١٩٧٧/٩/٩ تاريخ العمل بأحكام هذا القانون .

٢ - الامتداد القانونى لعقد الإيجار المفروش يطبق على عقود المساكن المفروشة التى انتهت مدتها وظل المستأجرون شاغلين لها عند العمل بالقانون مما مفاده أن القانون أوقف الأثر المترتب على انتهاء عقد الإيجار المفروش سواء كان انتهاؤه بانتهاء المدة المعينة فيه طبقاً لنص المادة ٥٩٨ من القانون المدنى أم بالتنبيه بالإخلاء طبقاً لنص المادة ٥٦٣ منه باعتبار أن المشرع استحدث بالمادة ٤٦ سالفة البيان الإمتداد القانونى لعقد الإيجار المفروش وهو من الأحكام المتعلقة بالنظام العام فان حكمها يسرى بأثر فورى على المراكز والوقائع القانونية القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله والتى لم تستقر نهائياً وقت العمل بالقانون بصدور حكم نهائى فيها وهذا النص وعلى ما جاء بالمذكره الإيضاحية للقانون « تفرضه قواعد العدالة وتمليه دواعى الاستقرار ويؤدى هذا النص إلى استمرار عقود الأعيان المفروشة حتى ولو انتهت مدتها الاتفاقية دون تدخل فى مقدار الأجرة المتفق عليها ولعل فى ذلك موازنة بين مصالح الملاك ومصالح المستأجرين الذين أمضوا مدداً طويلة فى أعيان مفروشة وقد لا تتاح لهم الفرص للحصول على مساكن أخرى إذا ما أجبروا على اخلاء هذه الأعيان فى وقت تشتد فيه مشكلة الاسكان مما يلزم معه توفير أكبر قدر من الاستقرار لشاغلى هذه الأماكن .

٣ - حرص المشرع على أن تستمر العلاقة فى عقد الإيجار المفروش بين طرفيها دون أى تدخل من جانبه وتظل تلك العلاقة يحكمها عقد الإيجار المفروش المبرم بينهما سواء فى شروط الإيجار أو محله أو قيمة الأجرة والعنصر الوحيد الذى تدخل المشرع بتعديله بإرادته هو عنصر المدة فعقد الإيجار المفروش أصبح مستمراً بكافة شروطه لمدة غير محددة إعمالاً لحكم الامتداد القانونى الذى استحدثه المشرع ومن ثم فإن المستأجر من الباطن مفروشاً ليس له أى حقوق فى مواجهة المؤجر له « المالك أو المستأجر الأصلى » سوى البقاء فى العين ما دام عقد الايجار الأصلى مازال سارياً ، وبديهى أن هذا التعديل التشريعى لا يمنع المؤجر من أن يستعمل حقه فى اخلاء المستأجر لعين مفروشه إذا ما تحقق سبب من أسباب الاخلاء مثله فى ذلك مثل المستأجر لعين خالية عندئذ يتعين فسخ العقد ولا يحول الامتداد القانونى للعقد من استعمال المؤجر لحقه فى الاخلاء فى الحالتين وهو ما نصت عليه صراحة المادة ١/٤٦ من هذا القانون.

٤ - المقرر - فى الفقه والقضاء - أن عقد الإيجار من الباطن يدور وجوداً وعدما مع عقد الإيجار الأصلى وينقضى بانقضائه ولو كان التأجير من الباطن مأذوناً به من المؤجر إذ أن المستأجر الأصلى إنما يؤجر من الباطن حقه المستمد من عقد الإيجار الأصلى .

٥ - المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأصل أن عقد الايجار من الباطن لا ينشىء علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمالك لانعدام الرابطة التعاقدية بينهما ولاصلة بين الطرفين رلا فى حدود ما تقضى به المادتين ٥٦٦ ، ٥٩٧ من القانون المدنى بخصوص الأجرة حتى ولو كان التأجير من الباطن مصرحاً به من المالك .

٦ - المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه متى كان النص عاماً صريحاً جلياً فى الدلالة على المراد منه فلا محل لتقييده أو تأويله أو الخروج عليه بدعوى إستهداء قصد المشرع منه .

٧ - عقد الإيجار من الباطن مهما طالت مدته لا يقيم علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمالك ولو أراد المشرع الخروج على القواعد العامة لنص على ذلك صراحة وهذا النهج إتبعه المشرع فى ذات القانون عندما نص فى المادة الرابعة على استمرار عقد الإيجار من الباطن لمستأجرى الوحدات السكنية التى يقيمها مستأجر الأرض الفضاء إذا انتهى عقد الإيجار الأصلى لأى سبب من الأسباب متى توافرت الشروط التى استلزمها المشرع لتطبيق حكمها ، وبمفهوم المخالفة ينتهى عقد الإيجار من الباطن طبقاً للقواعد العامة إذا لم يتوافر أى شرط من تلك الشروط ، وقد جاء نص المادة ٤٦ من هذا القانون واضحاً على استمرار عقد الإيجار المفروش وفقاً لشروطه ماعدا شرط المدة ولم يلزم المشرع المالك بتحرير عقد إيجار لصالح المستأجر من الباطن هذا إلا أن القول بغير ذلك لا يتفق وحكم القانون إذ أن الأجرة فى الوحدات السكنية المفروشة هى مقابل الإنتفاع بالمكان والمنقولات معاً ولا يسوغ القول بإلزام المالك بتحرير عقد إيجار مع المستأجر من الباطن والحصول على الأجرة فى حين أن المنقولات الكائنة بالعين المؤجرة مملوكة للمستأجر الأصلى ولا يمكن القول بأن المشرع عندما قرر الامتداد القانونى لعقد الإيجار المفروش - اذا ما توافرت الشروط التى نصت عليها المادة ٤٦ سالفة البيان - قد غير بإرادته المراكز القانونية للمتعاقدين وأن المالك حل محل المستأجر الأصلى إذ أن قواعد التفسير يجب أن تتفق مع غرض المشرع من المادة ٤٦ سالفة الإشارة اليها والتى قصد بها بقاء إستمرار بقاء المستأجر من الباطن واستمرار انتفاعه بها فى نطاق علاقة التأجير المفروش ودون المساس بالمبادىء العامة فى نسبية آثار العقد ويجب أن تتفق أيضاً مع أحكام التأجير من الباطن فإن العلاقة الإيجارية فيما بين المستأجر من الباطن والمستأجر الأصلى تظل قائمة وساريه ما دام عقد الايجار الأصلى قائماً وأن التأجير من الباطن ينتهى حتماً بانقضاء عقد الإيجار الأصلى إلا اذا نص المشرع على الخروج على تلك القواعد بنص صريح كما هو الحاصل فى المادة الرابعة من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على ما سلف بيانه ، لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون أنه خالف هذا النظر وانتهى إلى إلزام المالك - الطاعن - بتحرير عقد إيجار عن عين النزاع للمستأجر من الباطن المطعون ضده الأول بذات شروط عقد الإيجار المفروش فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه مما يوجب نقضه .

(الطعن رقم ٣٥٨١ لسنة ٥٨ ق)

(١٢)

جلسة الاثنين

٩ من مايو سنة ١٩٩٤

١-٢ إيجار ، إيجار الأماكن ، تقدير الأجرة . حكم ، الأحكام غير الجائز الطعن فيها ، ، نقض ، ، حالات الطعن ،

١ - القواعد الموضوعية والاجرائية المتعلقة بتقدير الأجرة الواردة فى القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ سريانها على الأماكن المرخص فى اقامتها بعد العمل بأحكامه فى ١٩٨١/٧/٣١ . مؤداه . القواعد الموضوعية بتقدير الأجرة فى القوانين السابقة والقواعد الاجرائية المتعلقة بطرق الطعن فى الاحكام الواردة فى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، استمرار سريانها على الأماكن غير الخاضعة لأحكام تقدير الأجرة بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . ولو أقيم الطعن بعد القانون الأخير طالما تعلق بعقار أقيم قبل العمل به ، علة ذلك .

٢ - الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى المنازعات المتعلقة بتحديد الأجرة . عدم جواز الطعن عليها بأى وجه من أوجه الطعن المادتان ١٨ و٢٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

١ - لئن كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد أورد أحكاماً موضوعية وأخرى اجرائية لتقدير الأجرة ، ومنها ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة منه متعلقاً بجواز الطعن فى الأحكام الصادرة فيها إلا أنه لما كانت تلك القواعد تسرى على الأماكن الخاضعة لحكمه وهى بصريح الفقرة الأولى من المادة الأولى منه تلك التى رخص فى اقامتها بعد العمل باحكامه فى ١٩٨١/٧/٣١ ، فإن مؤدى ذلك ومع خلو القانون من نص صريح يقضى بالغاء القواعد الموضوعية المتعلقة بتقدير الأجرة الواردة فى قوانين سابقة أو القواعد الاجرائية المتعلقة بطرق الطعن فى الأحكام الصادرة فيها والتى انتظمها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - أن هذه القواعد لازالت واجبة الإعمال بالنسبة للأماكن التى لا تخضع فى تقدير أجرتها للقواعد الموضوعية والإجرائية الواردة فى القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، ولما كانت الدعوى الماثلة وان رفعت بعد العمل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ إلا أنها تتعلق بعقار أنشىء فى ظل العمل بأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن ثم تكون أحكامه هى الواجبة التطبيق على القواعد والإجراءات المتعلقة بالطعن فى هذا الحكم .

٢ - النص فى المادة ١٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن يكون الطعن فى قرارات لجان تحديد الأجرة ..... أمام المحاكم الابتدائية ..... « ونص فى المادة ٢٠ من القانون ذاته على أن » « لا يجوز الطعن فى الحكم الصادر من المحكمة المشار اليها فى المادة ١٨ الا للخطأ فى تطبيق القانون ويكون الطعن أمام محكمة الاستئناف ..» ويكون حكمها غير قابل للطعن فيه بأى وجه من أوجه الطعن - يدل - على أن المشرع لمصلحة قدرها - ارتأى الاكتفاء بنظر المنازعة فى تحديد القيمة الايجارية أمام اللجنة المختصة بتحديد الأجرة ثم أمام المحكمة الابتدائية ولم ير وجها للطعن بالاستئناف فى الحكم الذى تصدره هذه المحكمة إلا للخطأ فى تطبيق القانون واعتبر الحكم الصادر من محكمة الاستئناف باتاً غير قابل للطعن فيه بأى وجه من أوجه الطعن ، وانه لا يجوز الطعن بطريق النقض فيما تصدره محكمة الاستئناف من أحكام فى هذا الخصوص وذلك استثناء من القواعد العامة للطعن على الأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات ومن ثم يكون الطعن بطريق النقض فى الحكم المطعون فيه غير جائز .

(الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٦٠ ق)

(١٣)

جلسة الخميس

٢ من يونية سنة ١٩٩٤

١ - دعوى « تكييف الدعوى » . « محكمة الموضوع » سلطتها فى تكييف الدعوى :

التزام محكمة الموضوع بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح . عدم تقيدها بتكييف الخصوم لها . العبرة بحقيقة المقصود من الطلبات لا بالألفاظ التى صيغت بها .

٢ - دعوى « دعوى منع التعرض » . « حيازة » :

طلب التسليم . يعتبر من مستلزمات منع التعرض واعادة يد الحائز إليه قضاء الحكم المطعون فيه بسقوط حق الطاعن فى التمسك بدعوى الحيازة . لا خطأ .

٣ - حكم « الدفاع الجوهرى » «محكمة الموضوع » :

الدفاع الجوهرى الذى تلتزم المحكمة بالرد عليه . شرطه .

١ - المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن تكييف الخصوم للدعوى لا يقيد المحكمة ولا يمنعها من فهم الواقع فى الدعوى على حقيقتها واعطائها التكييف الصحيح ، والعبرة فى تكييف الدعوى بأنها دعوى بالحق هى بحقيقة المطلوب فيها بصرف النظر عن العبارات التى صيغت بها هذه الطلبات .

٢ - طلب التسليم - وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض - يعتبر من مستلزمات منع التعرض واعادة يد الحائز إليه ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط حق الطاعن فى التمسك بدعوى الحيازة فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

٣ - المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن الدفاع الذى تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليه هو الدفاع الجوهرى الذى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وإلا فلا عليها إن أغفلته ولم ترد عليه .

(الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٥٨ ق)

(١٤)

جلسة الاثنين

٦ من يونيه سنة ١٩٩٤

١-٤ إيجار « القواعد العامة فى الايجار » مدة العقد « امتداده » « انتهاء العقد » :

١ - عقود الإيجار الخاضعة لأحكام القانون المدنى ، إنتهاؤها بانتهاء المدة المحددة فيها . التنبيه بالإخلاء الصادر من أحد طرفى عقد الإيجار للآخر . أثره . إنحلال الرابطة العقدية بينهما .

٢ - تطبيق أحكام قانون إيجار الأماكن على القرى التى يصدر بها قرار من وزير الاسكان . مناطه ، عدم سريان أحكام التشريع الاستثنائى على العقود التى انقضت بانتهاء مدتها بالتنبيه على المستأجر بالإخلاء قبل صدور القرار المذكور .

٣ - عقد الإيجار ، عقد رضائى فى حدود ما فرضته التشريعات من قيود الأصل فى الارادة المشرعة ، مما يلحقها من بطلان مناطه .

٤ - التنبيه بالإخلاء الصادر من أحد طرفى عقد الإيجار للآخر ، أثره ، إنحلال الرابطة العقدية بعد مدة معينة ، م ٥٦٣ مدنى . عدم مراعاة مواعيد التنبيه . أثره . حق من وجه إليه فى إنهاء العقد قبل الميعاد المحدد .

١ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى عقود الإيجار الخاضعة لأحكام القانون المدنى أنها تنقضى بانتهاء المدة المحددة فيها ، وأن التنبيه بالإخلاء فى الميعاد الصادر من أحد الطرفين للطرف الآخر يؤدى إلى إنحلال الرابطة العقدية بينهما .

٢ - تطبيق أحكام قانون إيجار الأماكن على القرى التى يصدر بها قرار من وزير الاسكان أن تكون العلاقة الإيجارية عن الاماكن الواقعة بها مازالت قائمة فى تاريخ العمل بهذا القرار ، فلا تسرى أحكام التشريع الاستثنائى على تلك التى انقضت عقود استئجارها بانتهاء مدتها من قبل تاريخ العمل به ، لما كان ذلك وكان البين من الاوراق أن عقد الايجار سند الدعوى المؤرخ ١٩٧٩/١/١ قد انتهت المدة المتفق عليها فيه بالتنبيه الصادر من المطعون ضدها (المؤجرة) إلى الطاعن (المستأجر) فى ١٩٨٥/٢/٧ بإخلاء المكان المؤجر له بمقتضى هذا العقد ، وقد أنتج هذا التنبيه أثره من قبل صدور قرار وزير الاسكان رقم ٤١٩ لسنة ١٩٨٥ لخضوع قرية لقانه الواقع بها العين المؤجرة لأحكام تشريع إيجار الأماكن ، مما لا محل معه وقد انتفت العلاقة الايجارية إلى اعمال أحكام هذا التشريع - وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأعمل القواعد العامة فى الإيجار المنصوص عليها فى القانون المدنى فانه لا يكون أخطأ فى تطبيق القانون .

٣ - لما كان عقد الإيجار عقداً رضائياً يخضع فى قيامه وانقضائه لمبدأ سلطان الارادة فيما عدا ما فرضه القانون من أحكام مقيده لهذا المبدأ فى حدودها دون مجاوزه لنطاقها ، وكان الأصل فى الإرادة المشروعية فلا يلحقها بطلان إلا إذا كان الالتزام الناشىء عنها مخالفاً للنظام العام أو الآداب محلاً وسبباً ، أو كان على خلاف نص أخر أدناه فى القانون .

٤ - مفاد ما نصت عليه المادة ٥٦٣ من القانون المدنى من انتهاء الإيجار المنعقد للفترة المعينة لدفع الأجرة بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالنص ، وان التنبيه الصادر ممن يملك ذلك هو عمل قانونى من جانب واحد يتحقق أثره بمجرد أن يعلن عن إرادته فى إنهاء العقد إلى المتعاقد الآخر فتنحل تبعاً لذلك الرابطة العقدية التى كانت قائمة بينهما بعد مدة معينة ، وكان تحديد هذه المدة مقرراً لمصلحة الطرف الموجه اليه التنبيه حتى لا يفاجأ بما لم يكن فى حسبانه قبل أن يتهيأ لمواجهة ما يترتب على ذلك من وضع جديد ، فإذا ما تحقق الأمر انقضى العقد فلا يقوم من بعد إلا بإيجاب وقبول جديدين ، وكان لا وجه للقول ببطلان التنبيه الذى يتجاوز فيه موجهه الميعاد المنصوص عليه فى المادة سالفة الذكر لإنتفاء مبرر هذا البطلان قانوناً وإن جاز للطرف الموجه إليه التنبيه أن يختار بين إنهاء العقد قبل استيفائه الفترة التى حددها القانون لمصلحته وبين التمسك باستكمال هذه الفترة قبل انتهاء العقد ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وخلص فى قضائه إلى أن الرابطة العقديه قد أعلنت بتوجيه التنبيه إلى الطاعن فى ١٩٨٥/٢/٧ ، وهو تنبيه لم يلحقه أى بطلان - وإلى انتهاء عقد الإيجار وفقاً لشروطه وللفترة التى حددها القانون فى ١٩٨٥/٤/١٠ فان النعى يكون على غير أساس .

(الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٦٠ ق)

(١٥)

جلسة الخميس

٩ من يونيه سنة ١٩٩٤

١- إيجار ، إيجار الأرض الفضاء ، عقد ، تفسير العقد ، قانون :

إيجار الأرض الفضاء . عدم خضوعه لقوانين إيجار الأماكن . العبرة فى التعرف على طبيعة العين المؤجرة ، هو بما تضمنه عقد الإيجار متى كان مطابقاً لحقيقة الواقع وانصرفت اليه ارادة المتعاقدين . لا عبرة بالغرض الذى استؤجرت الأرض الفضاء من أجله أو تسويرها أو اقامة مبان عليها لم تكن محل اعتبار عند التعاقد . التعرف على قصد المتعاقدين من سلطة محكمة الموضوع .

٢ - الأرض الفضاء تسويرها . أساسه . التزام قانونى أو المحافظة عليها تأجير الأرض الفضاء المسورة . لا يستتبع بطريق اللزوم أن يكون البناء محل اعتبار عند التعاقد . علة ذلك .

١ - مفاد نص المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، أن المشرع قد استثنى صراحة الأراضى الفضاء من نطاق تطبيق أحكام قانون إيجار الأماكن ومن ثم تخضع كأصل عام للقواعد المقررة فى القانون المدنى والعبرة فى التعرف على طبيعة العين المؤجرة هو بما تضمنه عقد الإيجار من بيان لها مادام قد جاء مطابقاً لحقيقة الواقع وانصرفت إليه إرادة العاقدين فاذا تبين من العقد أن العين المؤجرة أرض فضاء ولم يثبت مخالفة هذا الوصف للحقيقة فإن قوانين إيجار الأماكن لا تسرى عليها بل خضع لأحكام القانون المدنى ولا عبرة فى هذا الخصوص بالغرض الذى استؤجرت هذه الأرض من أجله ، كما لا يغير من طبيعتها وجود مبان بها أو إحاطتها بسور طالما أنها لم تكن محل اعتبار أو أنه العنصر المستهدف من الإيجارة ، ولمحكمة الموضوع السلطة فى التعرف على طبيعة العين المؤجرة وما انصرفت اليه إرادة المتعاقدين بشأنها بلا رقابة عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغاً له أصله الثابت بعقد الإيجار مطابقاً للواقع باعتبار أن ذلك مما يدخل فى سلطتها فى تفسير العقود وفهم الواقع فى الدعوى .

٢ - إذ كان المشرع فى قوانين نظافة الميادين والطرق والشوارع وتنظيمُ عملية جمع ونقل القمامة بدءاً من القانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم ٢٩٢ لسنة ١٩٥٣ بتسوير الأراضى الفضاء والمحافظة على نظافتها والقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٣٨٠ لسنة ١٩٥٤ والقانون ٩٧ لسنة ١٩٥٦ والقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٧ قد القت على عاتق حائزى الأراضى الفضاء تسويرها للمحافظة على نظافة المدن والقرى وجمال تنسيقها وأجازت المادة السابعة من القانون الأخير ومن قبلها المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٤٧ للجهة المختصة بشئون النظافة فى حالة تقصير مالك الأرض الفضاء تسويرها ورغم مطالبته بذلك ، أن تقوم بتسوير الأرض على نفقته مع تحصيل هذه النفقات إدارياً ومن ثم فإن تسوير الأرض الفضاء قد يكون مبعثه هذا التطبيق القانونى أو المحافظة على حدود الأرض المؤجرة المجاورة لأملاك الغير أو الطريق العام ومن ثم فإن اشتمال إيجارة الأرض الفضاء على سور لا يستتبع بطريق اللزوم أنه محل اعتبار عند التعاقد إذ العبره فى التعرف على طبيعة العين المؤجرة هو بما تضمنه عقد الايجار من بيان لها مادام قد جاء مطابقاً لحقيقة الواقع وانصرفت اليه ارادة المتعاقدين بأن الأرض الفضاء دون البناء هى محل الاعتبار عند التعاقد.

(الطعن رقم ١٢٥١ لسنة ٥٣ ق)

(١٦)

جلسة الخميس

١٦ من يونية سنة ١٩٩٤

١ - حكم « حجية الحكم » . قوة الأمر المقضى . نقض

قوة الأمر المقضى . صفة تلحق الحكم النهائى ولو كان مما يجوز الطعن فيه بالنقض أو طعن فيه بالفعل .

٢ - إيجار « إيجار الأماكن » عقد « عقد الإيجار » :

مستأجر المسكن هو الطرف الأصيل فى عقد الإيجار المقيمون معه منذ بدء الإيجارة . عدم اعتبارهم مستأجرين أصليين . مؤداه . اعتبار ذلك من قبيل الإيواء والاستضافة لا تعطيهم الحق فى البقاء فى العين المؤجرة . علة ذلك .

١ - قوة الأمر المقضى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - تثبت للحكم النهائى ، ولا يمنع من ثبوت هذه الصفه أن يكون الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض أو أنه طعن فيه بالفعل .

٢ - المقرر - فى قضاء النقض - أن لعقد إيجار المسكن طابعاً عائلياً لا يتعاقد المستأجر بمقتضاه ليقيم فى المسكن بمفرده وإنما ليضم إليه أفراد أسرته ومن يرى إستضافتهم فى مسكنه فقد يسمح المستاجر للغير من أقاربه بالإقامة فى العين المؤجرة كلها أو بعضها وذلك بصفة عارضة لمدة طالت أو قصرت إستجابة لظروف عائلية أو طارئة شريطة أن يظل محتفظاً بالعين المؤجرة دون أن يتخلى عنها ، وهذه الاقامة تعتبر على سبيل التسامح أن شاء المستأجر أبقى عليها وأن شاء أنهاها بغير التزام عليه قبل الضيف إذ أن الاستضافة هى حيازة مؤقتة على سبيل التسامح وان كان محلها ينصب على منفعة العين المؤجرة إلا أنها لا تكسب الضيف أى حق من الحقوق ولا تخوله حق البقاء فى العين المؤجرة ولو بدأت منذ بدء الإيجار ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد عوّل فى قضاءه بالإخلاء على ما قضى به الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣١٧٣ لسنة ١٩٧٨ مدنى كلى شمال القاهرة واستئنافها رقم ٢٠٠٤ لسنة ٩٨ق القاهرة من أن إقامة الطاعنة بشقة أخيها - المطعون ضده - هو على سبيل الإستضافه فإنه لا يجدى الطاعنه القول بأن إقامتها بالشقة محل النزاع كانت منذ بدء الإيجار وأنها كانت على سبيل المساكنة .

(الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٦٠ ق)

(١٧)

جلسة الاثنين

١٣ من يونية سنة ١٩٩٤

اختصاص حكم « حجية الحكم » . قوة الأمر المقضى :

١ - القضاء بعدم الاختصاص نوعياً أو قيمياً . قضاء منه للخصومة كلها . جواز الطعن فيه على استقلال . عدم الطعن فيه . أثره صيرورته حائزاً قوة الأمر المقضى .

٢ - قضاء المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص نوعياً والإحالة إلى المحكمة الابتدائية لخضوع العين المؤجرة لقوانين إيجار الاماكن . اكتساب الحكم قوة الأمر المقضى . أثره . عدم جواز العودة إلى مناقشة هذه المسألة . علة ذلك .

الحكم الصادر بعدم اختصاص المحكمة نوعياً أو قيمياً هو فى مفهوم المادة ٢١٢ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حكم منهى للخصومة فيها فيما فصل فيه وحسمه بصدد عدم

الاختصاص ولن يعقبه حكم آخر فى موضوعها من المحكمة التى أصدرته فيجوز الطعن فيه على استقلال عن طريق استئنافه ، وإذا لم يطعن عليه بالطريق المناسب أو رفض الطعن صار حائزاً قوة الأمر المقضى ، ولما كانت قوة الأمر المقضى كما ترد على منطوق الحكم ترد أيضاً على ما يكون من أسبابه مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بهذا المنطوق بحيث لا يقوم له قائمة بدونه .

٢ - لما كان البين من الأوراق أن محكمة ادفو الجزئية قضت بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى وبإحالتها إلى محكمة اسوان الابتدائية مؤسسة قضائها على سند من أن المساحة المؤجرة للطاعن مخزن أسمنت بقيمة إيجارية تدفع كل شهرين ويخضع لقانون إيجار الاماكن مما تختص به المحكمة الابتدائية ، واذا لم يطعن أحد من الخصوم فى هذا القضاء عن طريق استئناف الحكم الصادر به فقد صار نهائياً وحاز بذلك قوة الأمر المقضى التى لا تقتصر على ما قضى به فى منطوقه من عدم اختصاص المحكمة الجزئية والإحالة إلى المحكمة الابتدائية ، بل تلحق أيضاً ما ورد فى أسبابه من خضوع عقد الإيجار محل النزاع لقوانين إيجار الأماكن باعتباره وارداً عل مكان لأن هذا الذى أورده الحكم فى أسبابه هو الذى انبنى عليه المنطوق ولا يقوم هذا المنطوق إلا به ، ومقتضى ذلك أن تتقيد المحكمة المحال اليها الدعوى بذلك الوصف ، ولو كان قد بنى على قاعدة غير صحيحة فى القانون ، ويمتنع عليها كما يمتنع على الخصوم الجدل فيه من جهيد ، وإذ خالف الحكم الابتدائى المؤيد بقضاء الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بانتهاء عقد ايجار عين النزاع باعتباره وارداً على أرض فضاء يخضع فى أحكامه للقواعد العامة الواردة فى القانون المدنى مهدراً بذلك قوة الامر المقضى التى حازها حكم محكمة ادفو الجزئية فى هذا الخصوص فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم ٦٢٢٥ لسنة ٦٣ ق)

(١٨)

جلسة الاثنين

١٣ من يونيه سنة ١٩٩٤

١-٢ استئناف « الطلبات الجديدة » نظام عام ، تعويض .

١ - الدفع بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف . تعلقه بالنظام العام . للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . الاستثناء . م٢/٢٣٥ و٤ مرافعات . الطلب الجديد . ماهيته .

٢ - طلب زيادة مقابل الانتفاع فى الاستئناف دون بيان المستأنف ما طرأ لتبرير تلك الزيادة طلب جديد غير مقبول .

١ - مفاد نص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع اعتبر الدفع بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف متعلقاً بالنظام العام وأوجب على تلك المحكمة إذا ما تبينت أن المعروض عليها هو طلب جديد أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله ، إلا أن يكون هذا الطلب فى حدود الاستثناء الوارد فى الفقرتين الثانية والرابعة من المادة سالفة البيان ، ويعتبر الطلب جديداً ولو لم يتغير عن موضوع الطلب المبدى أمام محكمة أول درجة ، متى كان يجاوزه فى مقداره ما لم تكن الزيادة مما نص عليه فى الفقرة الثانية من تلك المادة .

٢ - لما كان ذلك ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده أقام الدعوى ابتداء طالباً الزام الطاعنين بأن يدفعا اليه مبلغ خمسة عشر جنيهاً عن كل شهر اعتباراً من ١٩٧٨/٦/٢٥ مقابل انتفاعها بالممر مثار النزاع وهو فى حقيقته طلب تعويض عن حرمانه من الانتفاع بالممر بسبب ما أدعاه من استعمال غير

مشروع من جانب الطاعنين وظل مصمماً على هذا الطلب دون أن يتجاوزه حتى إبداء طلباته الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى ، إلا أنه لدى استئنافه الحكم الابتدائى الذى قضى برفض دعواه طلب القضاء له بمقابل الانتفاع لما قدره الخبير الذى عينته محكمة الاستئناف وهو ٢٨٫٥٨٠ جنيه عن كل شهر دون أن يورد أمام تلك المحكمة ما يبرر هذه الزيادة فلا مراء فى أن طلب هذه الزيادة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافيه يعتبر طلباً جديداً خرج فيه عن نطاق دعواه أمام محكمة الدرجة الأولى ، ذلك أن التعويضات التى أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ المشار إليها المطالبة بزيادتها استثناء أمام محكمة الاستئناف هى التعويضات التى طرأ عليها ما يبرر زيادتها عما حددت به فى الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة نتيجة تفاقم الأضرار المبررة للمطالبة بها وإذ جرى قضاء الحكم المطعون فيه على قبول هذا الطلب الجديد وأجاب المطعون ضده إليه وألزم الطاعنين بمقابل الانتفاع الذى قدره الخبير فإنه يكون قد قام به سبب مبطل يتعلق بالنظام العام يجوز لهذه المحكمة - عملاً بالحق المخول لها فى المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات - أن تثيره من تلقاء نفسها وأن تحكم بما يقتضيه قيامه من نقض للحكم .

(الطعن رقم ٧٥٤١ لسنة ٦٣ ق)

(١٩)

جلسة الاثنين

١٣ من يونيه سنة ١٩٩٤

محاماه . وكالة . نقض .

- عدم تقديم المحامى رافع الطعن التوكيل الصادر من الطاعن إلى من وكله برفعه حتى حجز الطعن للحكم . أثره . عدم قبول الطعن ، لا يغنى عن ذلك تقديم صورة ضوئية منه أو ذكر رقمه . علة ذلك .

- البين من الأوراق أن الطاعن الذى رفع الطعن قدم توكيلاً صادراً له من الأستاذ .... المحامى بصفته وكيلاً عن الطاعن بموجب التوكيل الرسمى رقم ...... قصر النيل إلا أنه لم يقدم هذا التوكيل حتى حجز الطعن للحكم واكتفى بتقديم صورة ضوئية منه ، لما كان ذلك وكانت الصورة الضوئية للمستند لا حجية لها فى الإثبات ، وكان لا يغنى عن تقديم التوكيل المذكور مجرد ذكر رقمه إذ أن تقديمه واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفة حدود وكالة من وكل المحامى فى رفع الطعن ، وما إذا كانت تشمل الإذن له فى توكيل محامين فى الطعن بطريق النقض من عدمه ، ومن ثم يكون الطعن غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة.

(الطعن رقم ١٠٥٠ لسنة ٦٠ ق)

(٢٠)

جلسة الأربعاء (ب)

١٥ من يونيه سنة ١٩٩٤

نقض . محاماه . وكالة .

- عدم تقديم المحامى رافع الطعن بالنقض التوكيل الصادر من الطاعن لمن وكله فى رفع الطعن . أثره . عدم قبول الطعن . علة ذلك . م٢٥٥ مرافعات .

- أوجبت المادة ٢٥٥ من قانون المرافعات على الطاعن بالنقض أن يودع سند وكالة المحامى الموكل فى الطعن وكان الثابت فى الأوراق أن الأستاذ / .... الذى رفع الطعن قدم التوكيل رقم ١٧٤٤ب لسنة ١٩٩٠ الأهرام النموذجى الصادر له من .... بصفته وكيلاً عن الطاعن بتوكيل رقم ٣١٤ب لسنة ١٩٨٣ الأهرام إلا أنه لم يقدم هذا التوكيل الأخير حتى

حجز الطعن للحكم لما كان ذلك وكان لا يغنى عن تقديم التوكيل الأخير مجرد ذكر رقمه أو تقديم صورة غير رسمية منه إذ أن تقديمه أمر واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفة حدود وكالة الوكيل عن الطاعن وما إذا كانت تشمل الإذن له فى توكيل المحامين فى الطعن بطريق النقض ومن ثم يكون الطعن غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة .

(الطعن رقم ١٤١٨ لسنة ٦٠ ق)

(٢١)

جلسة الخميس

١٦ من يونيه سنة ١٩٩٤

١ - نقض « الحكم فى الطعن » اثر نقض الحكم والإحالة . إستئناف . دعوى سقوط الخصومة :

- نقض الحكم الاستئنافى يزيله ويفتح للخصومة طريق العودة إلى محكمة الاستئناف سريان أحكام سقوط الخصومة عليها من تاريخ صدور حكم النقض - عدم تعجيل من صدر حكم النقض لصالحه الخصومة بإهمال منه خلال سنة من تاريخ حكم النقض ، لكل ذى مصلحة من الخصوم طلب سقوط الخصومة دون استلزام إعلان حكم النقض .

٢ - نقض « اسباب الطعن » :

محكمة النقض . غير ملزمة بتحديد جلسة لنظر الاستئناف عند نقض الحكم والإحالة أو أن تأمر قلم كتاب محكمة الاستئناف بتحديد تلك الجلسة علة ذلك ، النعى بوجود قصور فى التشريع . لا يصلح سبباً للطعن بالنقض .

١ - نقض الحكم الصادر من محكمة الاستئناف - وعلى ما جرى به قضاء النقض يزيل هذا الحكم ويفتح للصخومة طريق العودة إلى محكمة الاستئناف لمتابعة السير فيها بناء على طلب الخصوم ، ويجرى عليها من تاريخ صدور حكم النقض أحكام سقوط الخصومة وانقضائها ، وتبدأ مدة السقوط والانقضاء من تاريخ صدور حكم النقض باعتبار أنه آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى فى الدعوى فإذا أهمل من صدر حكم النقض لصالحه ولم يعجل الخصومة أمام محكمة الاستئناف خلال سنة كان لكل ذى مصلحة من الخصوم أن يطلب سقوط الخصومة عملاً بالمادة ١٣٤ من قانون المرافعات ولا يتوقف ذلك على ضرورة إعلان حكم لنقض للمطعون ضدها ، وأن رفضها استلام صورته والأجرة المعروضة عليها وحسن نية الطاعن وتأخر قلم كتاب محكمة النقض فى إرسال ملف الدعوى إلي المحكمة التى أحيلت إليها لا يعد من قبيل القوة القاهرة التى تحول بين الطاعن وهو الصادر لصالحه حكم النقض وتعجيل الخصومة أمام محكمة الاستئناف قبل أن يدركها السقوط أو التى يستحيل معها السير فى الخصومة وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط الخصومة فى الاستئناف لانقضاء مدة جاوزت السنة على صدور حكم النقض السابق دون تعجيل الطاعن للاستئناف الذى وقف سيره خلال تلك المدة بإهماله فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه .

٢ - النص فى المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات - لم يلزم محكمة النقض بتحديد جلسة لنظر الاستئناف عند النقض والإحالة أو أن تأمر قلم كتاب محكمة الاستئناف بتحديد تلك الجلسة كما هو الحال فى المادة ١١٠ من قانون المرافعات أمام درجتى التقاضى ولا محل لإعمال هذا النص الأخير عند الطعن بالنقض الذى تحكمه نصوص خاصة وما جاء بسبب النعى هو ادعاء بوجود قصور فى

التشريع والمطالبة بتعديله ولم يعب الحكم فى شىء ولا يصلح ذلك لأن يكون سبباً للطعن بالنقض إذ يخرج عن نطاق المادتين ٢٤٨ ، ٢٤٩ من قانون المرافعات والتى تستهدف محاكمة الحكم المطعون فيه إذا ما خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه أو تأويله أو إذا وقع بطلان فيه أو شابه بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم أو فصل فى النزاع على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى ومن ثم يكون النعى غير مقبول

(الطعن رقم ٤٢٥ لسنة ٦١ ق)

(٢٢)

جلسة الأحد

١٩ من يونيه سنة ١٩٩٤

١ - *نقض ، إجراءات الطعن» . إعلان «ميعاد الإعلان »*

عدم مراعاة ميعاد إعلان صحيفة الطعن بالنقض . لا بطلان . م٢٥٦/٣ مرافعات . علة ذلك .

٢ - *محاماه ، مخالفة أحكام قانون المحاماة » . بطلان :*

لا بطلان على مخالفة المحامى للحظر المنصوص عليه بالمادة ٧١ق ١٧ لسنة ١٩٨٣ . علة ذلك .

٣ - *حكم ، حجية الحكم » . قوة الأمر المقضى :*

القضاء النهائى فى مسألة أساسية ، مانع للخصوم أنفسهم من التنازع فيها بأية دعوى تالية تكون هي بذاتها الأساس فيما يدعيه أى من الطرفين قبل الآخر من حقوق مترتبة عليها .

١ - المقرر فى قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادة ٣/٢٥٦ من قانون المرافعات أن ميعاد الثلاثين يوماً لا يعد ميعاداً حتمياً بل مجرد ميعاد تنظيمى لا يترتب على تجاوزه البطلان .

٢ - اتخاذ المحامى فى مزاولة مهنته وسائل الدعاية أو الترغيب أو استخدام أى بيان أو إشارة إلى منصب سبق أن تولاه يؤدى إلى مخالفة للحظر الوارد بنص المادة ٧١ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن المحاماه - يدل على أن هذه المخالفة بحسب طبيعتها من المخالفات المهنية التى من شأنها أن تعرضه للمساءلة التأديبية ولا يستتبع تجريد العمل الذى قام به من آثاره القانونية ولا تنال من صحته .

٣ - لما كان نص المادة ١٠١ من قانون الاثبات - يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المسألة الواحدة بعينها متى كانت أساسية وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذى يترتب عليه القضاء بثبوت الحق المطلوب فى الدعوى أو انتفائه فان هذا القضاء يحوز قوة الشىء المحكوم به فى تلك المسألة الأساسية بين الخصوم أنفسهم ويمنعهم من التنازع بطريق الدعوى أو الدفع فى شأن أى حق آخر يتوقف بثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة السابق الفصل فيها بين هؤلاء الخصوم انفسهم أو على انتفائها .

(الطعن رقم ١٦٣٦ لسنة ٦٠ ق)

(٢٣)

جلسة الأحد

١٩ من يونيه سنة ١٩٩٤

١-٢ *إعلان ، اعلان الحكم » . حكم ، الطعن فى الحكم » . نقض ، ميعاد الطعن »*

١ - ميعاد الطعن فى الحكم الأصل فيه أن يبدأ من تاريخ صدوره الاستثناء . من تاريخ إعلانه م ٢١٣ مرافعات .

٢ - الأصل فى إعلان أوراق المحضرين القضائية أن تسلم إلى المعلن اليه نفسه أو فى موطنه الأصلى أو إلى جهة الإدارة أو إلى النيابة العامة . المواد

١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ مرافعات الاستثناء . إعلان الأحكام . وجوب اعلانها لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه الاصلى م٢١٣ مرافعات . تسليم صورة الاعلان لجهة الادارة . لا ينفتح به ميعاد الطعن فى الحكم .

٣ - حكم « تسبيبه » « ما يعد قصوراً » :

وجوب شمول الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة . م ١٧٨ مرافعات . مؤداه . وجوب بيان المحكمة للوقائع والأدلة التى استندت اليها وكونت منها عقيدتها . علة ذلك .

١ - نص المادة ٢١٣ من قانون المرافعات - يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المشرع جعل الأصل سريان مواعيد الطعن فى الأحكام من تاريخ صدورها واستثنى من هذا الأصل الحالات المبينة فى المادة المذكورة على سبيل الحصر والتى قدر فيها عدم علم المحكوم عليه بالخصومة واجراءاتها والحكم الصادر فيها فجعل مواعيد الطعن فى الأحكام لا تسرى الا من تاريخ إعلانها ومن ثم فاذا وقف السير فى الدعوى لأى سبب من الأسباب فانقطع بذلك تسلسل الجلسات وثبت أن المحكوم عليه لم يحضر فى أى جلسة تالية لهذا الانقطاع ولم يقدم مذكرة بدفاعه فان ميعاد الطعن لا ينفتح بالنسبة له إلا من تاريخ إعلانه بالحكم ولو كان قد حضر فى الفترة السابقة على ذلك ، وشطب الدعوى هو مما يترتب عليه وقف السير فيها وانقطاع تسلسل جلساتها .

٢ - المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه وإن كان الأصل فى إعلان أوراق المحضرين القضائية هو أن تسلم إلى المعلن اليه نفسه أو فى موطنه الأصلى وذلك ابتغاء ضمان اتصال علمه بها سواء إلى شخصه وهو ما يتحقق به العلم اليقينى أو بتسليمها فى موطنه إلي أحد المقيمين معه من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار أو التابعين - المادة ١٠ من قانون المرافعات وهو ما يتحقق به العلم الظنى أو بتسليمها إلى جهة الإدارة التى يقع موطنه فى دائرتها إذا لم يوجد من يصح تسليمها اليه على أن يرسل إليه المحضر فى موطنه كتاباً مسجلاً يخبره فيه بمن سلمت إليه الصورة بحيث يعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً - المادة ١١ من ذات القانون - أو بتسليمها إلي النيابة العامة إذا لم يكن للمعلن إليه موطن معلوم فى الداخل أو الخارج - المادة ١٣ من القانون المشار إليه - وهو ما يتحقق به العلم الحكمى . إلا أن المشرع خرج على هذا الأصل بالنسبة لاعلان الاحكام استوجب فى المادة ٢١٣ من قانون المرافعات أن تعلن إلى المحكوم عليه لشخصه أو فى موطنه الأصلى وذلك تقديراً منه للآثر المترتب على إعلان الحكم وهو بدء مواعيد الطعن الامر الذى حرص المشرع من أجله على احاطته بمزيد من الضمانات للتحقق من وصولها إلي علمه فعلاً حتى يسرى فى حقه ميعاد الطعن عليها مما مؤداه وجوب توافر علم المحوم عليه فى هذه الحالة بإعلان الحكم علماً يقينياً أو ظنياً دون الاكتفاء فى هذا الصدد بالعلم الحكمى استثناءً من الأصل المنصوص عليه فى المواد ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ من قانون المرافعات والحكمة التى توخاها المشرع من وجوب اخطار المعلن إليه فى حالة تسليم صورة صورة الإعلان لجهة الادارة بكتاب مسجل هى اخباره بمن سلمت اليه الصورة حتى يسعى إلى تسلمها والعلم بها فينبنى على ذلك أنه إذا ما سلمت صورة اعلان الحكم لجهة الإدارة ولم تسلم لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه مما ينفى بذاته عنه العلم اليقينى أو الظنى باعلان الحكم فإن الإعلان فى هذه الحالة لا ينتج أثراً ولا يبدأ به ميعاد الطعن فى الحكم ولا يسرى فى حق المحكوم عليه .

٣ - أوجبت المادة ١٧٨ من قانون المرافعات أن تشتمل الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة بما مقتضاه انه يتعين على المحكمة أن تبين الوقائع والأدلة التى استندت عليها فى حكمها وكونت منها عقيدتها حتى تستطيع محكمة النقض أن تراقب ثبوت الوقائع وأدلة هذا الثبوت لتتحقق من أنه من الأدلة التى يصح قانوناً بناء الحكم عليها وأن ما أثير حوله من دفاع لا يؤثر فيه لئلا يتعذر تعيين الدليل الذى كونت منه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها .

(الطعن رقم ١٦٥٨ لسنة ٦٠ ق)

(٢٤)

جلسة الأحد

١٩ من يونيه سنة ١٩٩٤

١ -نقض « اجراءات الطعن » . اعلان «ميعاد الاعلان»

عدم مراعاة ميعاد إعلان صحيفة الطعن بالنقض . لا بطلان . م٣/٢٥٦ مرافعات . علة ذلك .

٢ - محاماة « مخالفة احكام قانون المحاماة » . بطلان :

لا بطلان على مخالفة المحامى للحظر المنصوص عليه بالمادة ٧١ق ١٧ لسنة ١٩٨٣ . علة ذلك .

٣ - حكم « حجية الحكم » . قوة الامر المقضى :

القضاء النهائى فى مسألة أساسية . مانع للخصوم أنفسهم من التنازع فيها بأية دعوى تالية تكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه أى من الطرفين قبل الآخر من حقوق مترتبة عليه .

١ - المقرر فى قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادة ٣/٢٥٦ من قانون المرافعات أن ميعاد الثلاثين يوماً لا يعد ميعاداً حتمياً بل مجرد ميعاد تنظيمى لا يترتب على تجاوزه البطلان .

٢ - اتخاذ المحامى فى مزاولة مهنته وسائل الدعاية أو الترغيب أو استخدام أى بيان أو اشارة إلى منصب سبق أن تولاه يؤدى إلى مخالفة للحظر الوارد بنص المادة ٧ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن المحاماة - يدل على أن هذه المخالفة بحسب طبيعتها من المخالفات المهنية التى من شأنها أن تعرضه للمساءلة التأديبية ولا يستتبع تجريد العمل الذى قام به من آثاره القانونية ولا تنال من صحته .

٣ - لما كان نص المادة ١٠١ من قانون الاثبات - يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المسألة الواحدة بعينها متى كانت أساسية وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذى يترتب عليه القضاء بثبوت الحق المطلوب فى الدعوى أو انتفائه فان هذا القضاء يحوز قوة الشىء المحكوم به فى تلك المسألة الأساسية بين الخصوم أنفسهم ويمنعهم من التنازع بطريق الدعوى أو الدفع فى شأن أى حق أخر يتوقف بثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة السابق الفصل فيها بين هؤلاء الخصوم أنفسهم أو على انتفائها .

(الطعن رقم ١٦٣٦ لسنة ٦٠ ق)

(٢٥)

جلسة الخميس

٢٣ من يونيه سنة ١٩٩٤

١-٢ حكم « الاحكام غير الجائز الطعن فيها » . نقض إيجار « اثبات العلاقة الإيجارية » :

١ - الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها . عدم جواز الطعن عليها إستقلالاً . الاستثناء . حالاته م/٢١٢ مرافعات الخصومة التى ينظر إلى انتهاؤها . هى الخصومة

الأصلية المرددة بين طرفى التداعى - صدور الحكم فى مسألة عارضة متعلقة بالإثبات دون الفصل فى الموضوع عدم جواز الطعن عليه استقلالاً . علة ذلك

٢ - القضاء بإثبات العلاقة الإيجارية باعتبار عين النزاع خالية وندب مكتب الخبراء لتحديد أجرة عين النزاع القانونية وحساب الفروق المالية المستحقة المرفوع بها دعوى تالية ضمت للدعوى الأولى . غير منهى للخصومة . أثره . عدم جواز الطعن عليه إستقلالاً . علة ذلك .

- مفاد نص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - أن المشرع وضع قاعدة عامة تقضى بعدم جواز الطعن على استقلال فى الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها برمتها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى أو التى تصدر فى شق من الدعوى وتكون قابلة للتنفيذ الجبرى ورائد المشرع فى ذلك هو الرغبة فى منع تقطيع أوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم مما قد يؤدى إلى تعويق الفصل فى موضوع الدعوى وما يترتب على ذلك من زيادة نفقات التقاضى ، وأن الخصومة التى ينظر فى انتهائها إعمالاً لنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات هى الخصومة الأصلية المرددة بين طرفى التداعى ، وأن الحكم الذى يجوز الطعن فيه تبعاً لذلك هو الحكم الذى تنتهى به الخصومة الاصلية برمتها وليس الحكم الذى يصدر فى شق منها أو فى مسألة عارضة عليها أو متصلة بالإثبات فيها ، لما كان ذلك وكان المطعون ضدهما قد أقاما الدعوى رقم .... بطلب إثبات العلاقة الايجارية عن العين المؤجرة باعتبارها خالية وإلزام المطعون ضده الأول بتحرير عقد إيجار ، كما أقامت المطعون ضدها الثانية الدعوى الثانية رقم .... بطلب تخفيض أجرة ذات العين المؤجرة إلى الأجرة القانونية مع رد الفروق ، وإذ صدر قرار بضم الدعويين ليصدر فيهما حكم واحد ، وكان الطلب فى الدعوى الأخيرة يعتبر مكملاً للطلب فى الدعوى الأولى ومرتبطاً به إذ أن الأجرة من أركان عقد الايجار تطبيقاً لحكم المادة ٥٥٨ من القانون المدنى ولا يغير من ذلك أن كلاً من الطلبين مرفوع به دعوى مستقلة بحيث يكون الحكم بالطلبات فى الدعوى الأولى مؤدياً بالضرورة للحكم بالطلبات فى الدعوى الثانية ومرتبطاً به ، ومن ثم فإنهما تندمجان فتصبحان دعوى واحدة وتفقد كل منهما استقلالها وذاتيتها .

٢ - لما كان الحكم المطعون فيه قد قضى فى الدعوى الأولى بإثبات العلاقة الإيجارية عن العين المؤجرة الثلاث حجرات ومنافعها باعتبارها خالية وباعتبار الأجرة القانونية للشقة كلها ستة جنيهات وقبل الفصل فى الدعوى الثانية بإعادة المأمورية للخبير لتحديد نصيب أجرة الثلاث حجرات من الأجرة القانونية واحتساب الفروق المستحقة للمطعون ضدهما منذ بداية التأجير وكان الحكم المنهى للخصومة فى معنى المادة ٢١٢ من قانون المرافعات هو الحكم الذى ينتهى به النزاع فى كل الطلبات التى رفعت بها الدعوى فإن الحكم المطعون فيه وإن صدر بإجابة المطعون ضدهما لطلبهما فى الدعوى الأولى رقم .... بعد أن فقدت إستقلالها واندمجت فى الدعوى الثانية رقم .... التى لازال طلب تحديد الأجرة واحتساب الفروق معروضاً على محكمة الموضوع ولما لم تفصل فيه بعد فإن الحكم فى هذه الدعوى الأولى لا يكون منهياً للخصومة برمتها ولا يندرج تحت الأحكام القابلة للطعن على استقلال فيكون الطعن فيه مباشرة وقبل الفصل فى طلب تحديد الاجرة واحتساب الفروق غير جائز عملاً بنص المادة ٢١٢ مرافعات .

(الطعن رقم ١٣٢٧ لسنة ٥٢ ق)

(٢٦)

جلسة الخميس

٢٣ من يونيه سنة ١٩٩٤

نقض ، ترك الخصومة فى الطعن بالنقض ، . صلح

- تقديم وكيل المطعون ضده عقد صلح مصدقاً عليه يتضمن تنازل الطاعن عن الطعن بعد فوات ميعاده . وجوب الحكم بإثبات ترك الخصومة فى الطعن . المادتان ١٤١ ، ٢٧٣ مرافعات .

- إذا كان محامى المطعون ضده قدم مذكرة طلب إثبات ترك الطاعن للخصومة فى الطعن وعقد صلح مؤرخ (.................) محرر بين الطاعن والمطعون ضده موثق بمصلحة الشهر العقارى برقم ..... بتاريخ .... وقد جاء بالبند الثالث منه أن الطاعن يتنازل عن الحق فى الطعن بالنقض وكان ذلك بعد انقضاء مواعيد الطعن بالنقض ، ومن ثم فإن المحكمة تعوّل على هذا التنازل ويتعين الحكم بإثبات الترك عملاً بالمادتين ١٤١ ، ٢٧٣ من قانون المرافعات .

(الطعن رقم ٣٤٤٦ لسنة ٦١ ق)

(٢٧)

جلسة الخميس

٣٠ من يونيه سنة ١٩٩٤

١-٢ تعويض . ملكية ، نزع الملكية ، ، ملكية الأسرة ، ، نزع ملكية ، حكم .

١- التعويض عن نزع ملكية أراضى النوبة القديمة التى تغمرها مياه السد العالى جوازه عيناً كله أو بعضه . مؤداه . لصاحب الشأن الخيار فى الحصول عليه نقداً أو عيناً ق ٦٧ لسنة ١٩٦٢ . التعويض العينى حالاته . يُملك من نُزعت ملكيـة منزله مسكناً واحداً فى الموطن الجديد وتنقل ملكيته إليه دون أفراد أسرته . الأسرة المقيمة ولا تملك مسكناً . تُملك مسكناً بالموطن الجديد يمتلكه كل أفراد الأسرة . الأسرة . مقصودها . المواد ١ ، ٢ ، ٥ ، ١٢ من قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ .

٢- القضاء بأحقية المطعون ضدها فى الإنتفاع بإحدى وحدات المسكن الجديد والإقامة فيها باعتبارها من أفراد الأسرة دون أن يفطن الحكم إلى أن المسكن الجديد تم تمليكه لمورثة الطاعن وحدها تعويضاً عن نزع ملكية منزلها بالنوبة القديمة وأن المطعون ضدها لا تعتبر من أفراد الأسرة فى معنى المادة ١٢ من قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ - خطأ - .

١- مفاد نصوص المواد الأولى والثانية والرابعة من القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢م بشأن نزع ملكية الأراضي التى تغمرها مياه السد العالى . أن المشرع اعتبر من أعمال المنفعة العامة مشروع الأراضى التى تغمرها مياه السد العالى المحصورة بين السد المذكور وحدود جمهورية مصر العربية وجمهورية السودان وذلك وفقاً للخرائط التى تقرها مصلحة المساحة . وتنزع على الوجه المبين فى هذا القانون مليكية الأراضى المشار إليها فى المادة الأولى بما عليها من منشآت وكذلك المبانى والمنشآت والأشجار والنخيل التى أقامها الأهالى على أراضى الحكومة واستثناءً من أحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ٥٤ والقانون رقم ٢٥٢ لسنة ٦٠ يعوض أصحاب الحقوق فى العقارت المشار إليها بالمادتين الأولى والثانية بأداء تعويض لهم عن الأراضى والمبانى والنخيل والاشجار والسواقى والآبار وغيرها من المنشآت القائمة وقت العمل بأحكام هذا القانون ، على أنه استثناء من حكم

الفقرة الخامسة من المادة الثالثة يجوز أن يكون التعويض كله أو بعضه أراضى أو مبانى تعدها الحكومة لهذا الغرض . ويصدر وزير الشئون الاجتماعية قراراً بالقواعد التى تنظم ذلك وقد صدر قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ ببيان قواعد تعويض وتمليك وإسكان أهالى النوبة . ونص فى المادة الأولى منه على أن لصاحب التعويض الذى يقرر بالتطبيق لأحكام القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ أن يختار بين الحصول على التعويض المستحق له نقداً أو عيناً ، ويكون التعويض العينى وفق القواعد الورادة بهذا القرار ، كما نص فى المادة الثانية على أن يُملك صاحب المنزل الراغب فى التعويض العينى مسكناً واحداً بالموطن الجديد يتفق حجمه مع عدد أفراد أسرته وحالته الاجتماعية مهما تعددت المساكن التى يملكها بالنوبة كما نصت المادة الخامسة من ذات القرار - على أن تُملك كل أسرة مقيمة ولا تملك مسكناً بالنوبة مسكناً بالموطن الجديد يتفق وعدد أفرادها ، وتعد بتوزيع المساكن كشوف تعتمد من وكيل وزارة الشئون الاجتماعية المختص والنص فى المادة ١٢ من ذات القرار على أن يقصد بالأسرة فى هذا القرار الوالدين أو أحداهما والأولاد والأحفاد وكذلك الأخوة وأولادهم متى كانوا يعيشون فى منزل واحد . وكان مفاد نص المادتين الثانية والخامسة من قرار وزير الشئون الاجتماعية سالف البيان أنه نظم حالتين لملكية المبانى الجديدة الأولى لمن نُزعت ملكية منزله بالنوبة القديمة واختار التعويض العينى فإنه يُملك مسكناً واحداً جديداً عوضاً عن منزله يتفق فى حجمه مع عدد أفراد أسرته وحالته الاجتماعية فتنقل ملكية المنزل الجديد له وحده دون أفراد أسرته والثانية إذا كانت الأسرة تقيم بالنوبة ولا تملك منزلاً بها تُملك مسكناً بالموطن الجديد يتفق وعدد أفرادها أى أن الأسرة كلها تملك المسكن الجديد وهى الحالة التى أنشأ المشرع بها حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة بالإضافة إلى حالات ملكية الأسرة الورادة بالقانون المدنى .

(٢) لما كان البين من تقرير الخبير أن المسكن الجديد مسلم للمرحومة عائشة عوض سالم والدة الطاعن تعويضاً لها عن منزل نُزعت ملكيتة لحصره ضمن مشروع الأراضى التى تغمرها مياه السد العالى وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضدها فى الإنتفاع بإحدى وحدات المسكن الجديد والإقامة فيها باعتبارها من أفراد الأسرة ولم يفطن إلى أن المسكن الجديد تم تمليكه لمورثة الطاعن وحدها تعويضاً عن نزع ملكية منزلها بالنوبة القديمة حسبما جاء بتقرير الخبير - هذا إلى أن المطعون ضدها لا تعتبر من أفراد أسرتها عملاً بنص المادة ١٢ من قرار وزير الشئون الاجتماعية سالف البيان ولا يغير من ذلك إدراجها فى كشف الحصر بأنها زوجة للطاعن ومن أسرته إذ أن المنزل الجديد أعطى لوالدة الطاعن عوضاً عن منزلها المملوك بالنوبة القديمة وذلك عملاً بأحكام المادة الثانية من قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ المنفذ لأحكام القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ بشأن نزع ملكية الأراضى والعقارات التى تغمرها مياه السد العالى بالنوبة القديمة على ما سلف بيانه مما يعيب الحكم المطعون فيه ويستوجب نقضه .

(الطعن رقم ٤٨٩٧ لسنة ٦٣ ق)

(٢٨)

جلسة الاثنين

٢٦ من سبتمبر سنة ١٩٩٤

١-٢ إيجار ، إيجار الأماكن : التنازل عن المنشأة الطبية «قانون» ، سريان القانون من حيث الزمان » . نظام عام .

١- حق المالك فى الحالات التى يجوز فيها للمستأجر بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالعين المؤجرة فى الحصول على ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل وفى شراء العين متى أنذر المستأجر برغبته فى الشراء وأودع نصف الثمن خزينة المحكمة م ٢٠ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . بقاء ميعاد الشراء مفتوحاً طالما لم يخطره المستأجر بالثمن المعروض عليه قانوناً . بطلان كل شرط أو اتفاق يخالف ذلك . م ٢٥ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .

٢- نص المادة ٢٠ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . وورود عاماً ومطلقاً ولاحقاً للقانون ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية . مؤداه . سريانه على الحالات التى يجوز فيها التنازل عن المنشآت الطبية إعمالاً للمادة الخامسة من القانون الآخير . لا يغير من ذلك العمل بالقانون ٥١ لسنة ١٩٨١ بعد سريان القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . علة ذلك . القانون الأول لم ينظم العلاقة المالية بين المالك والمستأجر فى حالة التنازل عن المنشآت الطبية .

١- النص فى المادتين ٢٠ ، ٢٥ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - يدل وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة على أن المشرع استحدث حلاً عادلاً عند تنازل المستأجر عن المكان المؤجر إليه تنازلاً نافذاً فى حق المؤجر وذلك بهدف تحقيق التوزران بين حق كل من المؤجر والمستأجر فى الانتفاع بالعين المؤجرة وهو ما نص عليه صراحة فى عنوان البند الثانى من القانون المذكور بقوله فى شأن تحقيق التوازن فى العلاقات الإيجارية وهى لا ريب اعتبارات تتعلق بنظام المجتمع الأساسى وسلامه الاجتماعى فأعطى للمالك الحق فى أن يقتسم مع المستأجر الأصلى قيمة ما يجنيه الآخر من منفعة نتيجة تصرفه ببيع العين المؤجرة له بالجدك أو التنازل عنها فى الحالات التى يجيز فيها القانون ذلك التصرف ونص على أحقية المالك بأن يتقاضى نسبة ال ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال ، وأعطى له الحق فى شراء العين إذا أبدى رغبة فى ذلك وأودع نصف الثمن الذى اتفق عليه المتعاقدان خزانة المحكمة مخصوماً منه قيمة ما بها من منقولات ايداعاً مشروطاً بالتنازل للمالك عن عقد الايجار وتسليم العين إليه على أن يقوم بابداء رغبته فى ذلك فى خلال شهر من تاريخ إعلان المشترى له بالثمن المعروض عليه لشراء العين ويظل الميعاد مفتوحاً للمالك طالما لم يخطره المستأجر بالثمن المعروض عليه بالطريق الذى رسمه القانون بإعلان على يد محضر ، ولا يكفى مجرد اعلانه بحصول البيع لعدم تحقق الغرض من الإعلان الذى هدف إليه المشرع ، كما أبطل كل شرط أو اتفاق يخالف ما تقدم .

٢ - لما كان القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لاحقاً فى صدوره للقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية الذى لم تتضمن نصوصه تنظيم لحق المالك فى الحصول على مقابل فى حالة التنازل عن المنشأة الطبية لطبيب وإن كان قد نصت المادة الخامسة منه على أحقية المتنازل عن المنشأة الطبية لطبيب دون موافقة المالك ، وإذ جاء نص المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١سالفة البيان عاماً ومطلقاً فانه يسرى على كافة الحالات التى

يجوز للمستأجر فيها قانوناً ببيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكن بما فى ذلك التنازل عن المنشآت الطبية متى أستوفى الشروط المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ ، وذلك إعمالاً لعموم النص واطلاقه إذ لا تخصيص لعموم النص بغير مخصص ، وصولاً لتحقيق ما هدف إليه المشرع وما ابتغاه منه ولا يغير من ذلك أن القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ عمل به بعد سريان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، إذ لم يتضمن على ما سلف بيانه تنظيم للعلاقة المالية بين المالك والمستأجر فى حالة التنازل عن المنشأة الطبية ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر المتقدم واقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائى باجابة المطعون ضده الأول بصفته لطلباته وبطلان التنازل الصادر من المطعون ضده الثانى للطاعن استناداً إلي عدم اتباع المستأجر « المطعون ضده الثانى » للأحكام التى نصت عليها المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فقد التزم التطبيق القانونى الصحيح .

(الطعن رقم ٣٦٢٠ لسنة ٥٩ ق)

(٢٩)

جلسة الثلاثاء
٢٥ من أكتوبر سنة ١٩٩٤

١-٣ ملكية ، اسباب كسب الملكية ، التصاق . تسجيل . شفعة . عقد . حق .

١- الأصل ملكية صاحب الأرض لكل ما عليها من مبان - جواز تخويله الغير الحق فى إقامة منشآت عليها وتملكها بمقتضى تصرف قانونى ينطوى على الترخيص بالبناء م٩٢٢ مدنى - عدم انتقال ملكية المنشآت إلى البانى بمجرد صدور هذا الترخيص طالما لم يُسجَلْ . أساس ذلك .

٢- حق القرار الذى يعطى لصاحبه سلطة البناء على سبيل البقاء والاستقرار على أرض مملوكة للغير ، حق عينى لا ينشأ ولا ينقل إلا بالتسجيل ، مادة ٩ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى . ومؤدى ذلك ملكية المنشآت قبل التسجيل لصاحب الأرض بحكم الالتصاق . م٩٢٢/١ مدنى .

٣- عدم تسجيل الطاعن للاتفاق الذى خوله حق إقامة البناء المشفوع به على سبيل القرار قبل تمام البيع المشفوع فيه . أثره . عدم اعتباره مالكاً لهذا البناء . وعلة ذلك .

٤ - أموال « الأموال المملوكة ملكية خاصة للدولة » ملكية . تقادم « التقادم المكسب » الأموال المملوكة ملكية خاصة للدولة . عدم جواز تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم م ٢/٩٧ مدنى . أثر ذلك . عدم جواز الاعتصام بتملك حق القرار على هذه الأموال بالتقادم .

٥- حكم «عيوب التدليل : ما لا يعد قصوراً ».

التفات الحكم عن الرد على دفاع لا يستند إلى أساس قانونى سليم . لا عيب .

١- لما كانت المادة ٩٢٢ من القانون المدنى بعد أن نصت فى فقرتها الأولى على أن ملكية صاحب الأرض لكل ما عليها من مبان أجازات الفقرة الثانية منها للأجنبى أن يقيم الدليل على أنه أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها وإذ كان هذا التخويل لا يكون إلا تصرفاً قانونياً فإن ملكية المنشآت لا تنقل إلى البانى بمجرد صدور الترخيص له بالبناء

من مالك الأرض وإنما بتسجيل هذا الترخيص لأنه قبل ذلك لا يكون البانى مالكاً لما يقيمه من مبان لأن حق القرار الذى يخوله الارتكاز ببنائه على تلك الأرض التى لا يملكها هو حق عينى لا ينشأ ولا ينقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى الصادر برقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إلا بتسجيل أما قبله فإن ملكيه المنشآت تكون لمالك الأرض بحكم الالتصاق وفقاً للقانون .

٢- المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن حق القرار الذى يعطى لصاحبه سلطة أن يستقر ببنائه على أرض غير مملوكة له هو حق عينى ومن ثم فإنه بهذه المثابة لا ينشأ ولا ينتقل وفق حكم المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إلا بتسجيل سنده أما قبل ذلك فإن المنشآت التى تقام على أرض الغير تعتبر من عمل صاحب هذه الأرض وتكون مملوكة له بحكم الالتصاق وذلك على ما أفصحت عنه الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى .

٣- إذ كان الطاعن لم يدع أنه سجل الاتفاق الذى تم بينه وبين الجهة مالكة الأرض والذى خوله حق إقامة البناء المشفوع به على سبيل القرار قبل تمام البيع المشفوع فيه فإنه لا يعد بذلك مالكاً لهذا البناء الذى أقامه إذ هو فى واقع الأمر لا يشفع بالبناء مجرداً بل يستند أيضاً إلى ما لهذا البناء من حق القرار على الأرض وهو ما لم يتملكه لعدم تسجيل سنده .

٤- لا يجدى الطاعن الاعتصام بتملكه حق القرار بالتقادم لا متناع ذلك عليه وفقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٩٧٠ من القانون المدنى التى لا تجيز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم .

٥- لا على الحكم المطعون فيه هو التفت عن الرد على الدفاع الذى لا يستند إلى أساس قانونى سليم .

(الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥٩ ق هيئة عامة)

(٣٠)

جلسة الخميس

١٦ من فبراير سنة ١٩٩٥

دعوى ، صحيفة الدعوى ، إيداع الصحيفة. ، إستئناف، ، رفع الإستئناف،.

- اعتبار الاستئناف مرفوعاً بمجرد تقديم صحيفته إلى قلم الكتاب ، م٢٣ مرافعات ، تراخ قيد الاستئناف إلى اليوم التالى . لا أثر له القضاء بسقوط الحق فى الاستئناف لرفعه بعد الميعاد لعدم قيده فى السجل إلا فى اليوم التالى لإنقضاء الميعاد - خطأ فى تطبيق القانون .

- مفاد نصوص المواد ٦٣ ، ٦٥ ، ٦٧ ، ٢٣٠ من قانون المرافعات يدل على أن الصحيفة تعتبر مودعة بتقديمها إلى قلم كتاب المحكمة مع صورها وأداء الرسم كاملاً وبهذا يعتبر الاستئناف مرفوعاً إذ بأداء الرسم - بعد تقديره - يكون المستأنف قد تخلى تماماً عن الصحيفة وصارت فى حوزة قلم كتاب المحكمة وتحت سيطرته ، وعليه أن يستكمل فى شأنها ما ألزمته به المادة ٦٧ مرافعات من قيدها فى السجل الخاص وتسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها وهو ما يدل على الفصل بين عمليتى إيداع الصحيفة وقيدها يؤيد ذلك ما ورد بالمذكرة الايضاحية لمشروع قانونا المرافعات تعليقاً على المادة ٦٧ من أنه : ولما كان المشرع قد

اعتبر الدعوى مرفوعة من يوم تقديم صحيفتها إلى قلم الكتاب ، فإنه لم يعد هناك محل لنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من القانون القائم الملغى - التى تجعل تقديم الصحيفة إلى قلم المحضرين قاطعاً لمدة التقادم والسقوط -، ومن ثم فإن الاستئناف يعتبر مرفوعاً بمجرد تقديم صحيفته على النحو المتقدم إلى قلم الكتاب ولو تراضى قيدها إلى اليوم التالى ، لما كان ذلك وكان يبين من الاطلاع على أصل صحيفة الاستئناف المودعة ملف الطعن ، أن قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة قد مهرها بخاتم المحكمة وقدر الرسم وتم سداده بالكامل وحدد قلم الكتاب تاريخ الجلسة لنظر الاستئناف على صحيفته وتتابع كل ذلك فى تاريخ واحد هو العاشر من فبراير سنة ١٩٩٠ ، ولما كانت المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات تنص على أن ميعاد الاستئناف أربعون يوماً وكان الحكم الابتدائى قد صدر بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٣١ فإن ميعاد الطعن بالاستئناف ينتهى يوم الجمعة ١٩٩٠/٢/٩ وهو عطلة رسمية فيمتد الميعاد إلى اليوم التالى ١٩٩٠/٢/١٠ عملاً بالمادة ١٨ من قانون المرافعات وهو اليوم الذى رفع فيه الاستئناف بإيداع صحيفته قلم الكتاب فيكون مرفوعاً فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٢٢٧ مرافعات وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط الحق فى الاستئناف لرفعه بعد الميعاد إذ إعتد بالقيد بالسجل الحاصل فى ١٩٩٠/٦/٦ ولم يعتد بإيداع الصحيفة قلم الكتاب فى ١٩٩٠/٢/١٠ فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه وإذ حجبه هذا الخطأ عن الفصل فى موضوع الاستئناف .

(الطعن رقم ٢٥٠٣ لسنة ٦١ ق)

(٣١)

جلسة الخميس

١٦ من فبراير سنة ١٩٩٥

إعلان « بطلان الاعلان » . بطلان . نظام عام . حكم « تسبيبه » عيوب التدليل : ما يعد قصوراً .

١- خلو أصل الإعلان وصورته من تاريخ حصوله واسم المحضر الذى باشره وتوقيعه والمحكمة التى يتبعها . أثره . بطلان الإعلان .

٢- توقيع المحضر على صورة الإعلان . « متعلق بالنظام العام » للمعلن إليه التمسك ببطلانها ولو خلا أصلها من أسباب البطلان . علة ذلك . عدم تصحيح البطلان بحضور المعلن عليه أو إيداعه مذكرة بدفاعه .

٣- ورقة الإعلان المقدمة من المعلن إليه تأيداً لدفاعه وجوب أن تكون هى صورة الإعلان . إلتزام محكمة الموضوع بالتحقق منها بإعتبارها مسألة أوليه لازمة للفصل فى صحة الإعلان أو بطلان وقوع عبء الإثبات على المعلن إليه . علة ذلك .

١- مفاد نص المادتين ٩ ، ١٩ من قانون المرافعات أن المشرع أوجب أن تحرر ورقة الإعلان من أصل وعدة صور بقدر عدد المعلن إليهم ولو كانوا متضامنين أو يقيمون معاً ويوجب القانون أن تشتمل هذه الورقة على بيانات معينة منها البيان الخاص باسم المحضر الذى باشر الإعلان والمحكمة التى يتبعها وتوقيعه على كل من أصل الإعلان وصورته وذكر من تسلم صورة الورقة وتوقيعه على الأصل على نحو يكفل وصول الصورة إلى المطلوب إعلانه ورتب المشرع البطلان على عدم توقيعه على أصل الإعلان وصورته .

٢- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن توقيع المحضر على صورة الإعلان هذا البيان متعلق بالنظام العام لأن توقيع المحضر هو الذى يكسب الورقة صفتها الرسمية ولما كانت هذه الغاية لا تتحقق إلا بإشتمال صورة الإعلان على التوقيع وللمعلن إليه الحق فى أن يتمسك ببطلان الصورة المعلنة ولو خلا أصلها من أسباب البطلان باعتبار أن الصورة بالنسبة له تقوم مقام الأصل . ولا يصحح هذا البطلان حضور المعلن إليه بالجلسة أو إيداعه مذكرات بدفاعه بما لا مجال معه لإعمال نص المادة ١١٤ من قانون المرافعات فى هذا الخصوص إذ إغفال توقيع المحضر على صورة الاعلان بعدم ذاتيتها كورقة رسمية ولا يسقط البطلان الناشىء عنه بالحضور أو بالنزول عنه .

٣- إذ كان أصل الإعلان هو وحده - دون الصورة - الذى يرفق بملف الدعوى باعتباره من اوراقها - أما صورة الإعلان فقد أعدت لإخطار المعلن إليه بالدعوى فإن إعمال هذا النظر مشروط بأن تكون الورقة التى يقدمها المعلن إليه للمحكمة تأييداً لدفاعه هى ذات صورة الإعلان التى قام المحضر بتسليمها إليه وهذه مسألة أولية لازمة للفصل فى صحة الإعلان أو بطلانه وعلى محكمة الموضوع أن تتحقق منها ويقع عبء الإثبات على المعلن إليه إذ من المقرر أن الأصل فى الإجراءات أنها روعيت ويقع عبء إثبات العكس على من يدعيه لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن صورة صحيفة الاستئناف المعلنة للمطعون ضدهم أن البيان الوحيد الثابت بها هو تاريخ الجلسة الأولى المحددة لنظر الطعن وأن هذه الصورة خلت من بيان تاريخ إعلانها واسم المحضر مباشر الإعلان والمحكمة التى يعمل بها وشخص المخاطب معه وتوقيع المحضر وهى بحالتها جاءت مغايرة تماماً لأصل الصحيفة التى استوفت هذه البيانات وانتهى الحكم المطعون فيه إلى بطلان صحيفة الاستئناف دون أن يبحث ما إذا كان المستند المقدم من المطعون ضده الأول وهو وحده الذى تمسك ببطلان صحيفة الاستئناف هو ذات صورة الإعلان التى قام المحضر بتسليمها إليه وقد اعتبرها الحكم هى صورة الإعلان التى سلمت للمستأنف ضدهم الخمسة دون أن يبين سنده ذلك خاصة أن الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المستأنف ضده الثانى هو وحده الذى تمسك بجلسة ١٩٨٩/٩/٢ ببطلان الإعلان وقدم مذكرة بجلسة ١٩٨٩/٩/٢٣ ردد فيها هذا الدفع والثابت من الأوراق أن المستأنف ضده الثانى قدم مذكرة بدفاعه فى الإستئناف بجلسة ١٩٨٩/٩/٢٣ لم يتمسك فيها بهذا الدفع مما يعيب الحكم .

(الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٦١ ق)

(٣٢)

جلسة الخميس
٩ من مارس سنة ١٩٩٥

١- دعوى « الطلبات فى الدعوى ». الطلب العارض . حكم .

- كفاية تقديم الطلب العارض فى مواجهة الخصم وإثباته بمحضر الجلسة . لرفع الادعاء الفرعى ، إلتزام الحكم المطعون فيه هذا النظر ، صحيح فى القانون .

٢- إيجار « إيجار الأماكن » : الامتداد القانونى لعقد الإيجار « محكمة الموضوع » . سلطتها فى تقدير الأدلة وأقوال الشهود .

- الإقامة التى يترتب عليها إمتداد عقد الإيجار . م٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . المقصود بها ، الإقامة

المستقرة المعتادة ، تقدير الإقامة المستقرة . من سلطة محكمة الموضوع . لها فهم الواقع فى الدعوى وبحث ما يقدم لها من دلائل ومستندات والموازنة بينها وترجيح شهادة على أخرى دون بيان أسباب الترجيح طالما لم تخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها - عدم إلتزامها بتتبع حجج الخصوم فى مناحى دفاعهم . علة ذلك .

١- النص فى المادة ١٢٣ من قانون المرافعات على أن « تقدم الطلبات العارضة من المدعى أو المدعى عليه إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً فى الجلسة فى حضور الخصم ويثبت فى محضرها يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المشرع قد إعتبر تقديم الطلب العارض شفاهاً فى الجلسة فى حضور الخصم كافياً لرفع الإدعاء الفرعى ويتحقق به ما يتحقق برفعه الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى فإثبات الطلب العارض بمحضر الجلسة يغنى عن إيداع صحيفته قلم الكتاب وقيدها وتقديم الطلب فى مواجهة الخصم الحاضر بالجلسة يتحقق به إنعقاد الخصومة فى الطلب العارض ، لما كان ذلك وكان الثابت بمحضر الجلسة ١٩٨٧/١١/٥ أمام محكمة أول درجة أن الحاضر عن المطعون ضدهم قد وجه - فى مواجهة الحاضر عن الطاعنة طلباً عارضاً بإلزام الطاعنة بتحرير عقد إيجار للمطعون ضدها الثالثة عن الشقة محل النزاع باعتبار أنها كانت تقيم بها مع والدتها حتى وفاتها وكان هذا الإجراء كافياً لرفع الدعوى الفرعية وإنعقاد الخصومة فيها على نحو ما سلف بيانه وكان الحكم المطعون فيه قد إلتزم هذا النظر فى الرد على رفع الطاعنة بعدم إنعقاد الخصومة فى الدعوى الفرعية أمام محكمة أول درجة لعدم إعلانها بصحيفتها لا يكون قد خالف القانون .

٢- المقصود بالإقامة التى يترتب عليها إستمرار عقد الإيجار لصالح أقارب المستأجر نسباً ومصاهرة اللذين أوردتهم الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المنطبق على واقعة النزاع - هى وعلى ما أستقر عليه قضاء محكمة النقض الإقامة المستقرة المعتادة وإنصراف نية المقيم أن يجعل من هذا الحكم مراحة ومغداه بحيث لا يعّول على مأوى دائم وثابت سواه والفصل فى كون الإقامة مستقرة بهذا المعنى أم لا من إطلاقات محكمة الموضوع تستخلصها مما يقدم لها من دلائل ومستندات وموازنة بعضها بالبعض الآخر ولها ترجيح شهادة شاهد على شهادة آخر دون بيان أسباب الترجيح ما دامت لم تخرج بأقوال الشهود عما يؤدى إليه مدلولها وليس بلازم عليها أن تتبع مناحى دفاع الخصوم إذ فى الحقيقة التى أوردتها وأقامت دليلها الرد الضمنى المسقط لكل حجية تخالفها . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض طلب الطاعنة إنتهاء عقد إيجار الشقة محل النزاع وبإلزامها بتحرير عقد إيجار للمطعون ضدها على ما أورده بمدوناته من أن المحكمة تطمئن إلى أقوال شهود المستأنف عليها الثالثة (المطعون ضدها الثالثة) التى أبديت أمام المحكمة والتى كانت أبديت أمام محكمة أول درجة وتستشف منها إقامة المستأنف عليها الثالثة بشقة النزاع إقامة دائمة مستمرة حال حياة والدتها وبعد وفاتها وكان ما استخلصه الحكم من أقوال شاهدى المطعون ضدها الثالثة أمام درجتى التقاض له أصله الثابت بالأوراق ولا يخرج عما يؤدى إليه

مدلول شهادتها كما أن ما أورده الحكم يتضمن الرد الضمنى المسقط لكل ما تمسكت به الطاعنة من أوجه دفاع يتعلق باثبات إقامة المطعون ضدها الثالثة بشقة آخرى تمتلكها بدائرة محافظة الجيزة وتقوم بتأجيرها مفروشة بخلاف الشقة محل النزاع الكائنة بالقاهرة ولا يعد ذلك من قبيل الإحتجاز المحظور قانوناً فى البلد الواحد إذ أن ذلك لا يتسع - وعلى ما جرى به قضاء الهيئة العامة لمحكمة النقض لأكثر من مدينة واحدة ومن ثم فإن ما تنعاه الطاعنة بهذين السببين لا يعدوا أن يكون جدلاً فى سلطة محكمة الموضوع فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة المطروحة فيها وهو ما لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة .

(الطعن رقم ١١٣٣ لسنة ٦١ ق)

(٣٣)

جلسة الخميس

١٦ من مارس سنة ١٩٩٥

- إعلان « إعلان أفراد القوات المسلحة ، موطن » .

- إعلان الخصم بصحيفة إفتتاح الدعوى فى موطنه الأصلى تجنيده فى تاريخ لاحق . لا أثر له على صحة الإعلان .

- أنه وإن كانت المادة ١٣/ ٦ من قانون المرافعات قد نصت على تسليم صورة الإعلانات فيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة فى حكمهم بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة إلا أن مؤدى نص المادتين ١٠ ، ١٢ من ذات القانون هو وجوب توجيه الإعلان إبتداءً إلى الشخص فى موطنه وإذ كان الثابت أن الطاعن أعلن بصحيفة إفتتاح الدعوى فى ١٩٨٨/١١/١٢ فى موطنه الأصلى وأعيد إعلانه فى موطنه فى ١٩٨٩/١/١٩ فإن تجنيده فى ١٩٨٩/٤/١١ فى مرحلة لاحقة على الدعوى والحكم فيها الحاصل فى ١٩٨٩/٢/٢٨ لا يؤثر تجنيده بعد ذلك فى صحة إعلانه ومن ثم لا محل للتحدى بحكم المادة ٦/١٣ من قانون المرافعات التى توجب تسليم صورة الاعلان فيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة إلى النيابة العامة لتقوم بتسليمه إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة . لما كان ذلك وكان الثابت من صحيفة الاستئناف أن المطعون ضده ضمنها أنه تم تجنيده بالقوات المسلحة فى ١٩٨٩/٤/١١ وكان الثابت من حافظة مستنداته المقدمة أمام محكمة الاستئناف أنه قدم شهادة تفيد تجنيده بالقوات المسلحة فى ١٩٨٩/٤/١١ ولا يغير من ذلك قيام المطعون ضده بسحب هذا المستند بعد صدور الحكم المطعون فيه ولما كان تاريخ التجنيد لاحق لاعلانه بصحيفة افتتاح الدعوى واعادة إعلانه والحكم الابتدائى الصادر فيها ومن ثم صح إعلانه والحال كذلك فى موطنه وفقاً لأحكام المادتين ١٠ ، ١١ من قانون المرافعات ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى تأسيساً على أن المطعون ضده من أفراد القوات المسلحة وكان يتعين إعلانه بالطريق المنصوص عليه فى المادة ٦/١٣ من قانون المرافعات بتسليم صورة الإعلان بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة فإنه يكون معيباً .

(الطعن رقم ٢٤٦٩ لسنة ٦١ ق)

(٣٤)

جلسة الخميس

٣٠ من مارس سنة ١٩٩٥

١ - شركات « إدماج الشركات » .

- ادماج شركة فى أخرى . مؤداه . خلافة للشركة الأخيرة لها خلافة عامة فيما لها من حقوق وما عليها

من التزامات . أثر ذلك وجوب إختصام الشركة الدامجة دون غيرها فى خصوص هذه الحقوق والإلتزامات .

٢ - ايجار ، ايجار الاماكن ، خبرة ، مهمة الخبير ، حكم ، تسبيبه ، ، عيوب التدليل ، مايعد قصوراً .

- تكييف الرابطة بين الخصوم . مسألة قانونية . لا يجوز للخبير التطرق إليها ولا للمحكمة النزول عنها . إنتهاء الخبير إلي أن جميع القرارات والاجراءات التى اتخذت لم تتضمن نقل تبعية المحلات موضوع النزاع للشركة الدامجة اعتماد الحكم المطعون بتقرير الخبير فى هذا الصدد والقضاء بفسخ عقد الإيجار دون أن يعرض بأسباب مستقلة لتكييف العلاقة خطأ وقصور .

١ - المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه يترتب على الإدماج الذى يقع بين الشركات التى تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة خلافة الشركة الدامجة للشركة المندمجة وتؤول جميع عناصر ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة التى تحل محلها قانونياً فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات وتخلفها فى ذلك خلافة عامة وتغدو هى الجهة التى تختصم وحدها دون غيرها فى خصوص هذه الحقوق والإلتزامات .

٢ - إذ كان الثابت من المستندات المقدمة من الطاعنين بملف الطعن أنهم تمسكوا أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بدفاع مؤداه أن قرار وزير التموين رقم ١٩٩ لسنة ١٩٨٤ قد انتهى إلى نقل تبعية الوحدات الإنتاجية الخاصة بشركة مطاحن شرق الدلتا - الطاعنة فى الطعن الأول رقم ٧٤٣٢ لسنة ٦٣ق - وادماجها فى شركة مطاحن شمال القاهرة - الطاعنة فى الطعن الثانى رقم ٧٤٩٤ لسنة ٦٣ق - وأن الوحدات المعنية بالقرار المشار إليه هى تلك التى كانت تتبع شركة مطاحن شرق الدلتا ومنها وحدات شبرا الخيمة ووحدات « الصوة إخوان » وقد أصبحت شركة مطاحن شرق القاهرة بعد إدماج شركة مطاحن شرق الدلتا فيها ونقل تبعية وحداتها إليها هى الخلف العام للشركة المستأجرة الأصلية دون أن يعد ذلك تنازلاً عن عقدى الإيجار موضوع الدعوى كأثر لتنفيذ القرار الوزارى المشار اليه دون أدنى إعمال لإدارة الشركة الطاعنة الأولى فى ذلك ، وأن هذا الإدماج لايعد تأجيراً من الباطن أو تنازلاً عن الإيجار ، وكان الحكم المطعون فيه قد إستند فى النتيجة التى خلص إليها على ما ساقه الخبير فى تقريره للتدليل على أن جميع القرارات والإجراءات التى اتخذت لم تتضمن نقل تبعية المحلات موضوع النزاع للشركة الدامجة ، ورتب الحكم على ذلك قضاءه بفسخ عقدى الإيجار موضوع الدعوى حالة أن وصف الرابطة بين الخصوم وإسباغ التكييف القانونى عليها هى مسألة قانونية بحتة فلا يجوز للخبير أن يتطرق إليها ولا للمحكمة أن تنزل عنها لأنها ولايتها وحدها ، إلا أن الحكم لم يتناول دفاع الطاعنين بالبحث والتمحيص ولم يورد أسباباً تتضمن الرد عليه مع أنه دفاع جوهرى - لو صح - قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى مما مقتضاه أن تواجهه محكمة الموضوع صراحة وتفرد أسباباً للرد عليه وما أغنى عنه إستنادها لما أورده الخبير فى هذا الشأن وإذ لاغناء عن أن تقول هى كلمتها فى شأنه . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه إلتفت عما أثاره الطاعنان من دفاع جوهرى فإنه يكون معيباً .

(الطعن رقم ٧٤٣٢ ، ٧٤٩٤ لسنة ٦٣ ق)

المستحدث من الأحكام

باسم الشعب

محكمة استئناف القاهرة

الدائرة (١٤) أحوال نفسية

حــكم

بالجلسة المنعقدة علناً بسراى محكمة استئناف القاهرة بدار القضاء العالى بشارع ٢٦ يوليو بالقاهرة .

برئاسة السيد الأستاذ المستشار /

فاروق عبد العليم مرسى

رئيس المحكمة

وعضوية السيدين الأستاذين :

نور الدين يوسف - محمد عزت الشاذلى

المستشارين

وبحضور السيد الأستاذ /

حسن عبد الرحمن

رئيس النيابة

وحضور السيد /

أحمد عبد الحميد عبد الجواد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى الاستئناف المقيد بجدول الأحوال الشخصية تحت رقم ٢٨٧ لسنة ١١١ق القاهرة .

المرفوع من :

١ - محمد صميده عبد الصمد .

٢ - عبد الفتاح عبد السلام الشاهد .

٣ - أحمد عبد الفتاح أحمد .

٤ - هشام مصطفى حمزه .

٥ - عبد المطلب محمد أحمد حسن .

٦ - المرسى المرسى الحيدى .

ومحلهم المختار جميعاً مكتب الأستاذ/ محمد صميده عبد الصمد المحامى الكائن برقم ٣٣ جامعة الدول العربية بالمهندسين قسم العجوزة - محافظة الجيزة

وحضر بالجلسة الأخيرة الأستاذ/ صميده محمد صميده عبد الصمد شخصياً وعن باقى المستأنفين ومعه الأستاذ / زكريا عامر إبراهيم درويش المحاميان .

ضـــد :

١ - السيد الدكتور/ نصر حامد أبو زيد .

٢ - السيده / ابتهال أحمد كمال يونس .

ويعلنان بمحل اقامتهما الكائن بمدينة ٦ أكتوبر بالحى المتميز المجاورة الرابعة عمارة رقم ١٠ع٣ الدور الأرضى شقة (١) التابع لقسم شرطة ٦ أكتوبر محافظة الجيزة .

وحضر بالجلسة الأخيرة الأستاذ/ أيمن البدرى عن الأستاذه/ أميرة بهى الدين المحامية .

الموضوع

استئنافاً عن الحكم الصادر من محكمة الجيزة الابتدائية فى الدعوى رقم ٥٩١ لسنة ١٩٩٣ أحوال شخصية نفس كلى الجيزة بجلسة ١٩٩٤/١/٢٧ .

المحكمة

اقام المستأنفين وأخر الدعوى ٥٩١ لسنة ١٩٩٣ أحوال نفس كلى الجيزة بصحيفة معلنه للمستأنف ضدهما أوردوا بها أن المستأنف ضده الأول ولد فى ١٩٤٣/٧/١٠ فى أسرة مسلمة ، وتخرج بكلية الأداب بجامعة القاهرة ويشغل الآن وظيفة أستاذ مساعد الدراسات الإسلامية والبلاغة بالكلية ومتزوج بالمستأنفه ضدها الثانية وقام بنشر هذه الكتب وأبحاث ومقالات تضمنت طبقاً لما رآه علماء عدول كفراً يخرجه عن الإسلام مما يعتبر معه مرتداً ، ومن ثم يتعين تطبيق أحكام الرده عليه واورد المستأنفين ومن معهم تفصيلاً

لما أجملوه عما ورد فى كتابات المستأنف ضده الأول على النحو التالى :

أولاً : كتاب (الامام الشافعى وتأسيس الايدلوجية الوسطية) واعد عنه الدكتور محمد بلتاجى أستاذ الفقه وأصوله وعميد كلية دار العلوم تقريراً أورد به العبارات التى تعد كفراً .

ثانياً : كتاب عنوانه (مفهوم النص - دراسة فى علوم القرآن) ويقوم بتدريسه لطلبه الفرقة الثانية بقسم اللغة العربية بكلية الآداب وانطوى على كثير مما رآه العلماء كفراً يخرج صاحبه عن الإسلام على نحو ما ورد بتقرير الدكتور اسماعيل سالم عبد العال أستاذ الفقه المقارن المساعد بكلية دار العلوم ، وعلى نحو ما جاء بتقرير الدكتور عبد الصبور شاهين أيضاً .

ثالثاً : من واقع كتب وأبحاث المستأنف ضده الأول فإن كثيراً من الدارسين والكتاب وصفوه بالكفر الصريح على نحو ما جاء بجريدة الأهرام باعدادها ١٩٩٢/١٢/٨ ، ١٩٩٣/١/٢٦ ، ٤/١٠ ، ٤/١٢ ، ٤/١٩ ، ١٩٩٣/٤/٢٠ وفى جريدة الأخبار فى ١٩٩٣/٤/٢٣ ، وجريدة الشعب ١٩٩٣/٥/٤ ، والحقيقة فى ١٩٩٣/٥/٨ وأن المستأنف ضده لم ينف شيئاً عن تكفيره ، واستطرد المستأنفون ومن معهم أن من آثار الردة التفريق بين المرتد وزوجته ، وطلب التفريق من دعاوى الحسبه ، ومن ثم انتهى المستأنفون ومن معهم إلى طلب الحكم بالتفريق بين المستأنف ضده والمستأنف ضدها .

وحيث أن الدعوى نظرت أمام محكمة أول درجة على النحو الوارد وبمحاضر جلساتها ثم اصدرت المحكمة المذكورة فى ١٩٩٤/١/٢٧ حكمها بعدم قبول الدعوى .

وحيث أن المستأنفين لم يقبلوا هذا الحكم فأقاموا الاستئناف الماثل بصحيفة قدمت لقلم الكتاب وقيدت فى ١٩٩٤/٢/١٠ طلبوا فى ختامها الحكم بقبول الاستئناف شكلاً وفى الموضوع بالغاء الحكم المستأنف والقضاء بالتفريق بين المستأنف ضده الأول وزوجته المستأنف ضدها الثانية واحتياطياً احالة الدعوى للتحقيق ، وأقام المستأنفون هذه الطلبات على أن الحكم المستأنف قد انطوى على عيوب عديدة وجسيمة تبطله حاصلها :

١ - زعم الحكم المستأنف أن محكمة النقض فى قضائها فى مسائل الأحوال الشخصية اغفلت ما توجه المادتان الأولى والخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من تطبيق قانون المرافعات فى مسائل الأحوال الشخصية وهذا الزعم غير صحيح فمحكمة النقض ناقشت ذلك وغرست القواعد الخاصة فى هذا الشأن وهو ما خالفه الحكم المستأنف .

٢ - القضاء فى أعلى درجاته ذهب إلى إعتبار المصلحة قائمة ومتوافره دائماً فى دعوى الحسبة وأنها مفترضة فى رافعها سواء اكان القضاء العادى أم الادارى ، ام اقوال شراح القانون ، وهو ما خرج عليه الحكم المستأنف .

٣ - أن صدور قانون المرافعات الجديد ١٣ لسنة ١٩٦٨ ودستور سنة ١٩٧١ فى مادته الثانية لا دخل لها فى الدعوى الماثلة وإذ أقحمهما الحكم المستأنف تسبيباً لقضائه يكون قد اخطأ فى التسبيب مما يبطل قضائه .

وحيث أن الاستئناف تداول فى الجلسات حيث قدم محامى المستأنف ضدهما مذكرة بجلسة ١٩٩٣/٧/٢٦ تمسك فيها بكل دفاع ودفع سبق أن طرح فى هذا النزاع منذ مولده طالباً رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف للأسباب التى وردت من قبل وفى المذكرة المقدمة :

كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها تفويض الرأى للمحكمة للأسباب التى أوردتها .

وحيث أن الاستئناف حجز للحكم لجلسة ١٩٩٥/٥/١٨ مع التصريح بمذاكرت لمن يشاء فى الشهر الأول ، فقدمت النيابة العامة مذكرة البت فيها الحكم بقبول الاستئناف شكلاً وفى الموضوع برفضه والقضاء مجدداً برفض الدعوى المستأنف حكمها ، كما قدم المستأنفون مذكرة التمسوا فيها الحكم بطلباتهم للأسباب الواردة بها كما قدم وكيلاً المستأنف ضدهما مذكرتين خصصت الأولى مع التمسك بكافة الدفوع واجبة الدفاع وبالطلبات الواردة بالمذكرة السابق تقديمها لجلسة ١٩٩٤/٧/٢٦ بالرد على ماورد بمذكرة النيابة الأولى ، وحوت المذكرة الثانية الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة مع التمسك بأوجه الدفاع وبالدفوع السابق ايرادها فى المذكرات السابقة مع طلب الحكم برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف .

وحيث أن المحكمة قررت من أجل الحكم لجلسة ١٩٩٥/٥/٢٩ لتعذر المداولة ثم من أجل الحكم لجلسة اليوم لاتمام الاطلاع ، وحيث أن الاستئناف حاز شكله المقرر .

وحيث أنه عن الدفع بعدم قبول الدعوي لرفعها من غير ذى صفة لعدم وجود مصلحة مباشرة بالمستأنفين والذى قبله الحكم المستأنف فإنه من المقرر أن هذا الدفع موضوعى وليس من الدفوع الاجرائية ، وكانت المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على أنه (تتبع أحكام قانون المرافعات الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الاحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة) ومنطوق هذا النص ومفهومه أن المسائل الاجرائية فى الاحوال الشخصية والوقف والتى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية تخضع لأحكام قانون المرافعات بشرطين أحدهما ألا تكون قد وردت بشأن هذه المسائل الاجرائية قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والثانى ألا تكون قد وردت بشأنها قواعد خاصة فى قوانين مكملة للائحة فى حالة تخلف الشرط الأول وتتبع القواعد الواردة للائحة ، وفى حالة تخلف الشرط الثانى تتبع (اللوائح) القواعد الواردة بالقوانين الخاصة ، أما المسائل الموضوعية فى الأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية فتصدر الأحكام فيها طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وذلك عملاً بالمادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والمادة ٢٨٠ المذكورة نصت على أنه (تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الاقوال من مذهب أبى حنيفه ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الاحكام طبقاً لتلك القواعد) وحكم المادتين الخامسة والسادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ هو ما سارت عليه أحكام المحاكم بكافة درجاتها منذ صدور القانون المذكور ، وإذ خالف الحكم المستأنف هذا النظر فأعمل أحكام قانون المرافعات على الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم الصفة والمصلحة ، وهو دفع موضوعى يتعلق بموضع الحق فى الدعوى ومن ثم كان يتعين عليه أن يعمل عليه الأحكام الواردة بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفه لعدم وجود أحكام خاصة لهذا الموضوع لا فى اللائحة ولا فى قوانين خاصة فإن الحكم المستأنف يكون خالف القانون واخطأ فى تطبيقه .

وحيث أنه من المقرر وفق أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفه أن الشهادة حسبة بلا دعوى تقبل فى حقوق الله تبارك وتعالى كأسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقاً لله تعالى (بدائع الصنائع ٢٧٧/٦ ، الأشباه والنظائر لابن تميم /٢٤٢) فيكون واجباً كفائياً أن يتقدم المكلف إلى القاضى للشهادة على حد خالص لله تعالى أو لرفع حرمة قائمة كمعاشرة مطلق

بائناً بينونه كبرى لمطلقته أو صغرى بغير عقد جديد أو لمرتد لزوجته المسلمة ، أو لكافر تزوج مسلمة وغير ذلك وتشير المحكمة أن المقصود بحقوق الله تعالى وحرماته هو ما تعلقت بالمصلحة العامة أو بعموم الأمة الإسلامية ونسبت إلى الله تعالى لشرفها واتصالها بمصلحة المجتمع المسلم عامة ، تمييزاً لها عن حقوق الافراد التى تتصل بمصلحة فرد أو أفراد على سبيل التحديد والاختصاص ، والله سبحانه مالك الملك لا يند عن ملكه شىء ، والمصلحة فى ذلك هو رفع لمنكر ظهر فعله أو أمر بمعروف ظهر تركه عملاً بقول الحق تبارك وتعالى ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله ﴾ سورة آل عمران الآية ١١٠ ، وكذا قول الله جل شأنه ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلي الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾ سورة آل عمران الآية ١٠٤ فترك المعروف يؤذى كل مسلم وشيوع المنكرات فى المجتمع أشد ايذاءً له فكانت له مصلحة مباشرة فى اقامة دعوى الحسبة ، وامتدت دعوى الحسبة من النظام الإسلامى إلى القضاء الإدارى فى فرنسا ، وفى غيرها وعلى الأظهر لدعوى الغاء القرارات الادارية المعيبة وبدأ القضاء المصرى ينحو هذا النحو مما يعرف فى موضعه ، لما كان ذلك فإن المستأنفين إذا أقاموا هذه الدعوى بطلب التفريق بين المستأنف ضده الأول وزوجته المستأنف ضدها الثانية بدعوى أن الأول ازتد عن دين الإسلام وأن الثانية مسلمة فإن هذه الدعوى تقبل من المستأنفين حسبه حسبما أسلف القول ولهم الصفة فى اقامتها ، وإذ خالف الحكم المستأنف هذا النظر يكون واجب الالغاء ولما كان الفصل فى الدفع بعدم القبول هو فصل فى مسألة موضوعية تتعلق بأصل الحق فى الدعوى مما تكون محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بالفصل فى النزاع ومن ثم تتصدى هذه المحكمة للفصل فيه .

وحيث أنه عن الدفوع المتعلقة بالتدخل والادخال وكان الاستئناف لم يرفع إلا من بعض المدعيين أمام محكمة أو درجة وعلى المدعى عليهما أمامها ، ولم يتقدم أحد للتدخل فى المرحلة الاستئنافية القائمة ، كما لم يجعل ادخال لأحد فى هذه المرحلة ومن ثم فإن هذه الدفوع تكون غير مطروحة على المحكمة .

وحيث أنه عن الدفوع التى أبداها المستأنف ضدهما فإن المحكمة تتعرض لها تباعاً :

اولا : عن الدفع بعدم انعقاد الخصومة لعدم الاعلان صحيحاً فى المدة القانونية ، وهو كما ورد بمذكرة محامى المستأنف ضدهما يقوم على أنهما أعلنا بمحل اقامتهما فى ١٩٩٣/٥/٢٥ بدائرة قسم ٦ أكتوبر ، ولغلق السكن أعلنا فى مواجهة مأمور قسم الهرم مما يبطل الاعلان .

وحيث أن هذا الدفع مردود ذلك أن الثابت أن المستأنف ضدهما حضرا بجلسات محكمة أول درجة ابتداء من جلسة ١٩٩٣/١١/٤ والتى تأجلت لها الدعوى من جلسة ١٩٩٣/٦/١٠ وكان من المقرر عملاً بالمادة ٧٠ من قانون المرافعات انه يجوز بناء على طلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب وكان ذلك راجعاً لفعل المدعى ، وكان الثابت من الصحيفة أن المستأنفين ذكروا محل الاقامة الصحيح للمستأنف ضدهما إلا أن المحُضر أثبت انتقاله لهذا العنوان بدائرة قسم ٦ أكتوبر ووجده مغلقاً فسلم صورة الاعلان لقسم الهرم فيكون عدم تمام التكليف بالحضور لم يرجع للمستأنفين وانما يرجع لأهمال المحضر ومن ثم تكون الخصومة قد انعقدت بحضور المستأنف ضدهما ولا تتوافر شروط اعتبار الدعوى كأن لم تكن الواردة بالمادة ٧٠ من قانون المرافعات ، وتشير المحكمة أن المادة المذكورة اجرائية ولا يوجد بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو أى قانون خاص ما ينظم هذه المسألة فتكون هذه المادة واجبة الإعمال على اجراءات رفع الدعوى أمام محكمة أول درجة .

٢ - الدفع بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى ، وذكر المستأنف ضدهما سنداً له أن طلب التفريق بين الزوجين ادعاء بردة الزوج يستلزم البحث فى رده الزوج ولا يوجد نص فى القانون المصرى ولا فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يجيز لأى محكمة أن تقضى بصحة اسلام مواطن أو كفره أو ردته ، إلا إذا كانت الردة ثابتة بطريقة لا تدع مجالاً للشك وسواء باقرار من المدعى عليه بالردة أو بأوراق رسمية كأن تقر إمرأة مسلمة انها أصبحت نصرانية لتتزوج بنصرانى ، أما صدور كتابات يفهم منها الردة فإن مفهوم الناس يتفاوت والقرآن الكريم حال أوجه ، وحيث أن هذا الدفع مردود ، ذلك أنه من المقرر عملاً بالمادة الثامنه من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أن المحكمة الابتدائية تختص بدعاوى الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها ، ومن ثم فإن دعوى التفريق بين الزوجين بسبب ردة أحدهما تختص بها المحكمة الابتدائية ، ويكون البحث فى حصول الردة من عدمه مسألة أولية تختص بها المحكمة المذكورة ، لإمكان الفصل فى دعوى التفريق ، وهذه المسألة الأولية لا تخرج عن اختصاصها ، وتشير المحكمة أن هناك فرقاً بين الردة ، فعل مادى له أركانه وشرائطه وانتفاء موانعه وبين الاعتقاد ، فالردة لابد لها من افعال مادية لها كيانها الخارجي ولابد أن تظهر هذه الافعال بما لا لبس فيه ولا خلاف أنه يكذب الله سبحانه أو يكذب رسوله صلى الله عليه وسلم وذلك بأن يجرد ما ادخله فى الإسلام ، ولو وجد قول أو رواية أنه لا يكفر بفعل معين ولو كان ضعيفاً فإنه لا يعنى بكفره ، ولا يقضى بكفره لأن الكفر شيء عظيم فلا يجوز جعل المؤمن كافراً متى وجدت رواية بعدم تكفيره ، أما الاعتقاد فهو ما يسره الانسان داخل نفسه ويعقد عليه قلبه وعزمه وتكون عليه نواياه ، فهو يختلف اختلافاً بيناً عن الرده التى هى جريمة لها ركنها المادى تطرح أمام القضاء ليفصل فى قيامها من عدمه وهى تدخل فيما يختص القضاء بنظره أو ما يجب قضاءه ويتعلق به ، أما الاعتقاد فهو ما يكون فيه داخل نفس الانسان وتنطوى عليه سريرته ، وهو أمر لا دخل للقضاء به ولا للناس بالبحث فيه وانما يتصل بعلاقة الانسان بخالقه .

الردة خروج على النظام الإسلامى فى أعلى درجاته وفى قمة أصوله بافعال مادية ظاهرة ، يقترب منها فى القانون الوضعى الخروج على الدولة ونظامها أو الخيانة العظمى ، الردة يفصل فى شأنها القاضى والمفتى ، أما عقوبة الاعتداء على الدين بالردة ، لا تتنافى مع الحرية فى وقائع الحياة الشخصية لان حرية العقيدة تستلزم أن يكون الشخص مؤمناً بما يقول ويفعل وله منطق سليم فى الخروج عن العقيدة ، ومن يخرج على الإسلام لا يكون إلا عن فساد فى فكر أو استهواء بالمادة أو بالجنس أو لغرض أخر من أغراض الدنيا ، ومحاربة هذا الصنف لا تعد محاربة لحريه الاعتقاد وانما حماية للاعتقاد من هذه الاضواء الفاسدة العابثة أما الاعتقاد فيتعلق بديانه الانسان أى بسريرته مع خالقه سبحانه وتعالى ليس للمحاكم أن يتدخل فيه أو يفتش عنه .

يدل على ذلك قول الحق تبارك وتعالى ﴿ إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله ، والله يعلم إنك لرسوله والله يشهد إن المنافقين لكاذبون ، اتخذوا أيمانهم جُنة فصدوا عن سبيل الله إنهم ساء ما كانوا يعملون ، ذلك بأنهم آمنوا ثم كفروا فطُبع على قلوبهم فهم لا يفقهون ، وإذا رأيتهم تعجبك أجسامهم وإن يقولوا تسمع لقولهم ﴾ سورة المنافقون الآيات ١-٤ ، ومن ثم لم يتعرض لهم رسول الله ﷺ بشيء ، بل أدى صلاة الجنازة على بعضهم ، وترتيباً على ذلك فإن ما تمسك به المستأنف ضدهما بإنه لا يجوز للمحكمة البحث فى حصول الردة لبحث الآثار التى قررها الفقهاء والتى تلتزم المحكمة عملاً بالنصوص السالف بيانها بإعمالها لا يكون له دليل صحيح ويتعين الالتفات عنه كما أن ما أدلت به النيابة العامة بمذكرتها المؤرخه ١٩٩٥/٢/١٢ بإن أوردت بها - أنه لا يمكن القول بارتداد المستأنف ضده الأول بحيث يجب التفريق بينه وبين زوجته المستأنف ضدها لهذا السبب وأما بالنسبة

لتعريض المستأنف ضده الأول بالدين الإسلامى ومقدساته فى كتاباته فإنه يجوز مساءلته عنه قضائياً - هذا القول لا يتفق وما يجب على النيابة العامة من الإلتزام بإبداء رأيها فى المسائل القانونية ، فكان عليها أن تقول أن كتابات المستأنف ضده لا تشكل فى نظرها ردة ، أو تقول أنها تشكل ردة موضحة أسباب الرأى الذى تقول به أو تطلب اللجوء إلى طرق اثبات لا ليتضح لها وجه الحق فى المسألة أن أشكل عليها الرأى ثم تنتهى إلى ابداء الرأى فى طلبات المستأنفين ، غير أنها لم تفعل إذ عدلت عن رأى بسبب مذكراتها المؤرخه ١٩٩٥/١/١٩ إلى رأى غير مسبب بالمذكرة الثانية دون أن توضح سبب العدول .

كما تشير المحكمة إلى أن ما ذكره المستأنف ضدهما من أن الردة لا تثبت إلا بالاقرار أو بأوراق رسمية هو قول لا سند له لا من الأحكام الفقهية ولا من النصوص القانونية التى تحكم النزاع فالردة أفعال مادية وجريمة من الجرائم (حد من الحدود) يثبت بما تثبت به الحدود بعامة من (البينات) وطرق الاثبات الشرعية كما أنها من الحدود التى لا يستلزم لها الشرع نصاباً خاصاً فى شهادة الشهود المثبتة لها .

٣ - الدفع ببطلان حضور المستأنفين للجلسات ومباشرة الدعوى على زعم أن دعوى الحسبة ليست مبنية على الرأى وإنما على الفقه الدينى الذى (احتوى قراره صدمة الانتقال التى أصابت الخطاب الدينى) وان الدولة هى التى تباشر الحماية القضائية فى دعوى الحسبة ، وان دور المدعى ينتهى برفعها ، وهذا الدفع بدوره مردود ذلك أنه من المقرر وعلى ما سلف بيانه أن دعوى الحسبة لها أصلها من كتاب الله تعالى وأن المكلف وله الحق فى اقامتها ، فإن له كافه الحقوق التى اوردتها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية للمدعى سواء فى الحضور أو بالطعن فى الحكم الصادر فيها وذلك إذ لم تقم النيابة العامة بمباشرتها أو الطعن فى الحكم الصادر فيها ، ولذا لم يشترط فى دعوى الحسبة إذن ولى الأمر لأنها قد تكون متوجهه إلى بعض أعماله أو عماله .

وحيث أنه من موضوع الدعوى وهو طلب التفريق بين المستأنف ضده الأول وزوجته المستأنف ضدها الثانية بدعوى ردة الأول وبقاء الثانية على اسلامها فإن الأمر يستلزم بصفه أولية بحث حصول ردة المستأنف ضده الأول عن الدين الإسلامى ، فإن كانت فيتعين بحث آثارها على الزواج القائم بين الطرفين .

وحيث أنه عن الردة ففى المعنى اللغوى ، اسم من الارتداد وهو فى اللغة الرجوع مطلقاً ومنه المرتد لأنه المرتد إلى الوراء بعد أن تقدم للهداية والرشد ، وفى المعنى الرجوع عن دين الإسلام ، والمرتد هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر وركنها التصريح بالكفر وإما بلفظ يقتضيه أو بفعل يتضمنه ، بعد الأيمان ، يقول الحق تبارك وتعالى ﴿ ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ سورة البقرة الأية ٢١٧ ، ويقول الحق جل شأنه ﴿ ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزءون ، لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم ﴾ سورة التوبة الأيتان ٦٥ ، ٦٦ أما المقصود بالكفر الذى يصرح به المرتد أو بلفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه . فإن المحكمة تأخذ بما اتجه إليه كثير من الفقهاء سواء من الحنفية أو الشافعية أو غيرهم من أنه إذا وجد قول عن أحد من الفقهاء ولو كان القول ضعيفاً بعدم كفره فإنه يؤخذ بهذا القول ولا يجوز القول بتكفيره .

لان الإسلام ثابت يقينياً ولا يزول اليقين إلا بمثله فلا يزول لا بالظن ولا بالشك ، فيلزم أن يكون ما صدر من المدعى بردته مجمعاً على أنه يخرجه من الملة عند كافة علماء المسلمين وأئمتهم مع اختلاف مذاهبهم الفقهية (يراجع : الاعلام بقواطع الإسلام / ابن حجر المكى

الهيتمى الفصل الأول ١٠ وما بعدها / طبعة كتاب الشعب ، حاشية ابن عابدين /٣٩٣/٣ وما بعدها ، الفتاوى الإنفردية /١٦١ ، الأشباه والنظائر ابن تميم /١٩٠) .

(ويراجع فى الردة كتب التفسير منها / الطبرى /٣١٦/٤ ومابعدها ، القرطبى ٨٥٤ ومابعدها - طبعة كتاب الشعب ، تفسير المنار /٢٥٣/٢ ، كتب السنة وشروحها وعلى الأخص التمهيد / ابن عبد البر /٣٠٤/٥ وما بعدها وكتب الفقه للمذاهب المختلفة للحنفيه ، بدائع الصنائع ، ١٣٤/٧ وما بعدها ، فتحى القدير ٦٨/٦ وما بعدها حاشية ابن عابدين /٣٩١/٣ ومابعدها المالكية / قوانين الأحكام الشرعية /٣٨٢ ومابعدها ، الشافعية / المهذب /٢٢٢/٢ ، الحنابلة المغنى /١٢٣/٨ ومابعدها) .

والردة تكون بأن يرجع المسلم عن دين الإسلام ظلماً وعلواً بأن أجرى كلمة الكفر عامداً صريحة على لسانه ، أو فعل فعلاً قطعى الدلالة أو قال قولاً قاطعاً فى جحود ما ثبت بالآيات القرآنية أو الحديث النبوى الشريف وأجمع عليه المسلمون فمن انكر وجود الله تعالى أو أشرك معه غيره أو نسب له الولد أو الصاحبه تعالى عن ذلك علواً كبيراً ، أو استباح لنفسه عبادة المخلوقات ، أو كفر بأية من آيات القرآن الكريم أو جحد ما ذكره الله تعالى فى القرآن الكريم من أخبار أو كفر ببعض الرسل أو لم يؤمن بالملائكة أو بالشياطين أو رد الأحكام التشريعية التى أوردها الله سبحانه فى القرآن الكريم ورفض الخضوع لها والاحتكام اليها أو انكرها أو رد سنة رسول الله ﷺ عامة رافضاً طاعتها والانصياع لما جاء بها من أحكام إلى غير ذلك من الأمثلة .

وحيث أن المحكمة اطلعت على المؤلفات الآتية والمقدمة بحوافظ المستأنفين أمام محكمة أول درجة ولم يتعرض المستأنف ضدهما لها بالنفى أو التشكيك فى نسبتها لأولهما بل أقر بها فى المذكرات المقدمة وهو اقرار أمام المحكمة لم يعدل عنه ، والمؤلفات هى :

١ - نقد الخطاب الدينى ، دكتور/ نصر حامد أبو زيد سينا للنشر ، رقم الايداع ٩٢/٨٧٢٧ .

٢ - الامام الشافعى وتأسيس الايدولوچيه الوسطية دكتور/ نصر حامد أبو زيد ، سينا للنشر ، رقم الإيداع ٩١/٩٢٩٧ .

٣ - مفهوم النص ، دراسة فى علوم القرآن ، دكتور نصر حامد أبو زيد ، اليابان ، ١٩٨٧/١٢/١٨ على الآلة الكاتبة .

٤ - إهدار السياق فى تأويلات الخطاب الدينى ، دكتور/ نصر حامد أبو زيد على الآلة الكاتبة .

وتورد المحكمة بعض العبارات من الكتب السابقة للحكم عليها ، القسم الأول :

ما يتعلق بالقرآن الكريم :

١ - يقول المستأنف ضده فى مؤلفه نقد الخطاب الدينى ص ١٠٢ .

إذا كانت اللغة تتطور بتطور حركة المجتمع والثقافة فتصوغ مفاهيم جديدة أو تطور دلالات ألفاظها للتعبير عن علاقات أكثر تطوراً فمن الطبيعى ، بل والضرورى أن يعاد فهم النصوص وتأويلها بنفس المفاهيم التاريخية والاجتماعية الأصلية وإحلال المفاهيم المعاصرة والأكثر انسانية وتقدماً مع ثبات مضمون النص (والنصوص فى كتابه المؤلف عامة هى القرآن الكريم وإذا أراد الكلام عن السنة ذكره بالنص الثانونى أو الثانى) .

٢ - يقول المستأنف ضده فى مؤلفه السابق ص ١٩٨ / ١٩٩ ، تتحدث كثير من آيات القرآن عن الله بوصفه ملكاً (بكسر اللام) له عرش وكرسى وجنود ، وتتحدث عن القلم واللوح ، وفى كثير من الروايات التى تنسب إلى النص الدينى الثانى- الحديث النبوى -

تفاصيل دقيقة عن القلم واللوح والكرسى والعرش وكلها تساهم إذا فهمت حرفياً فى تشكيل صوره اسطورية من عالم ما وراء عالمنا المادى المشاهد المحسوس ، وهو ما يطلق عليه فى الخطاب الدينى اسم (عالم الملكوت والجبروت) ولعل المعاصرين لمرحلة تكون النصوص - تنزيلها - كانوا يفهمون هذه النصوص فهماً حرفياً ولعل الصور التى تطرحها النصوص كانت تنطلق من التصورات الثقافية للجماعة فى تلك المرحلة ، ومن الطبيعى أن يكون الأمر كذلك ، لكن من غير الطبيعى أن يصر الخطاب الدينى فى بعض اتجاهاته على تثبيت المعنى الدينى عند المعاصر الأول رغم تجاوز الواقع والثقافة فى حركتها لتلك التصورات ذات الطابع الاسطورى ، أن صورة الملك والمملكة بكل ما يساندها من صور جزئية تعكس دلالياً واقعاً مثالياً تاريخياً محدداً كما تعكس تصورات ثقافية تاريخية والتمسك بالدلالة الحرفية للصورة التى تجاوزتها الثقافة وانتفت من الواقع يعد بمثابة نفى للتطور وتثبيت صورة الواقع الذى تجاوزه التاريخ .

٣ - ويقول المستأنف ضده فى كتابه نقد الخطاب الدينى ص ٢٠٥ / ٢٠٦ / ٢٠٧ ومن النصوص التى يجب أن تعتبر دلالتها من قبيل الشواهد التاريخية النصوص الخاصة بالسحر والحسد والجن والشياطين .. كانت الأولى تجعل العلم نقطة الارتكاز : السحر ، الحسد ، الجن والشياطين مفردات فى بنية ذهنية ترتبط بمرحلة محددة من تطور الوعى الانسانى وقد حول النص الشياطين إلى قوة معوقه وجعل السحر أحد ادواتها لاستلام الانسان .. فقد كان الواقع الثقافى يؤمن بالسحر ويعتقد فيه ، وإذ كنا ننطلق هنا من حقيقة أن النصوص الدينية نصوص انسانية لغة وثقافة فان انسانية النبى بكل نتائجها من الانتماء إلى عصر وإلى ثقافة وإلى واقع لا تحتاج لاثبات ، وما ينطبق على السحر ينطبق على ظاهرة الحسد ... وليس ورد كلمة الحسد فى النص الدينى دليلاً على وجودها الفعلى الحقيقى ، بل هو دليل على وجودها فى الثقافة مفهوماً ذهنياً .. كل المواضع التى وردت فيها الكلمة فى القرآن .. وموضع واحدا بالدلالة الحرفية المرتبطة بنسق من العقائد والتصورات شبه الاسطورية القديمة .

وعن نفس الموضوع يقول المستأنف ضده فى مفهوم النص ص ٣٦ .. أمكنا أن نميز بين هاتين الصورتين صورة الجن الخناس الموسوس الذى يستعاذ بالله منه وصوره الجن الذى يشبه البشر فى انقسامه إلى مؤمنين وكافرين ، ولا شك أن الصورة الثانية تعد نوعاً من التطوير القرآنى النابع مع معطيات الثقافة من جهه والهادف إلى تطويرها لمصلحة الإسلام من جهة أخرى وفى نفس الاتجاه يقول المستأنف ضده الأول فى مؤلفه اصدار السياق .... ص ٣٧ ... مازال الخطاب الدينى يتمسك بوجود القرآن فى اللوح المحفوظ اعتماداً على فهم حرفى للنص ، ومازال يتمسك بصوره الاله الملك بعرضه وكرسيه وصولجانه ومملكته وجنود المالئكه ، ومازال يتمسك بنفس الدرجة من الجزمية بالشياطين والجن والسجلات التى تدون فيها الأعمال والأخطر من ذلك تمسكه بحرفيه صور العذاب والثواب ، وعذاب القبر ونعيمه ومشاهد القيامه وبالسير على الصراط ... الخ وذلك كله من تصورات اسطورية .

وحرفيه النصوص المنقولة عن مؤلفات المستأنف ضده الأول سالفة الاشارة تدل بمنطوقها على ما يأتى :

اولا : ينكر المؤلف وصف الله تعالى بانه ملك الواردة بالقرآن الكريم فى آيات كثيرة نص فى ذلك (والنص هنا بمعنى ما يفيد نفسه من غير احتمال) منها :

﴿ فتعالى الله الملك الحق لا اله الا هو رب العرش العظيم ﴾ سورة المؤمنين الآية ١٦ ، وفى قوله جل شأنه ﴿ قل أعوذ برب الناس ملك الناس ﴾ سورة الناس الآية ٢ وفى قوله تبارك وتعالى ﴿ قل هو الله الذى لا اله الا هو الملك القدوس ﴾ .

ثانياً : ينكر المؤلف العرش والكرسي وجنود الله والملائكة ، وهى مخلوقات نزلت الآيات الكريمة قاطعة الدلالة فى اثابتها مخلوقات خلقها الله سبحانه وتعالى ومن الآيات على سبيل المثال :

فعن العرش يقول الحق تبارك وتعالى ﴿ وهو الذى خلق السموات والأرض فى ستة أيام وكان عرشه على الماء ﴾ سورة هود الآية ٧ ﴿ قل من رب السموات السبع ورب العرش العظيم ﴾ سورة المؤمنين الآية ٨٦ ﴿ وترى الملائكة حافين من حول العرش ﴾ سورة الزمر الآية ٧٥ ﴿ سبحان رب السموات والأرض رب العرش عما يصفون ﴾ سورة الزخرف الآية ٨٢ وعن الكرسى قوله الحق تبارك وتعالى ﴿ وسع كرسيه السموات والأرض ﴾ سورة البقرة الآية ٢٥٥ .

وعن الملائكة تزيد الآيات عن ثمانين أية متفرقات فى سور القرآن الكريم على أنها مخلوقات الله ورسله وجنوده بدلالة قاطعة على ذلك ومن ذلك قول الحق تبارك وتعالى فى سورة فاطر الآية الأولى ﴿ الحمد الله فاطر السموات والأرض جاعل الملائكة رسلاً أولى أجنحة مثنى وثلاث ورباع يزيد فى الخلق ما يشاء إن الله على كل شىء قدير ﴾ ويقول الحق سبحانه ﴿ وجعلوا الملائكة الذين هم عباد الرحمن إناثا أشهدوا خلقهم ستكتب شهادتهم ويسألون ﴾ سورة الزخرف الآية ١٩ ويقول الله تعالى شأنه ﴿ عليها ملائكة غلاظ شداد لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون ﴾ سورة التحريم الآية ٦ ويرى المستأنف ضده أن الآيات التى وردت بكتاب الله تعالى إذا فهمت حرفياً تشكل صورة أسطورية ، والأسطورة بالمعنى اللغوى الذى يشكل المستأنف ضده أحد علمائها هى الأباطيل والأحاديث العجيبه ، وهذا القول لا يبعد كثيراً عما حكاه القرآن الكريم عن قول الكافرين فى آياته ﴿ يقول الذين كفروا إن هذا إلا أساطير الأولين ﴾ سورة الأنعام الآية ٢٥ ، ولم ترد كلمة أساطير فى القرآن الكريم إلا بهذا المعنى ، والمستأنف ضده كرر وصف كتاب الله بهذا اللفظ فى مواقع كثيرة منها ما ورد فى مؤلفه نقداً للخطاب الدينى فى صفحات ٧ و٨ و٩٩ ، ٢٠٧ .

ثالثاً : ينكر المؤلف وجود الشياطين ويجعل وجودها وجوداً ذهنياً فى مرحلة الأمة الإسلامية فى بدايتها أى وجوداً فى أذهان الناس والقرآن الكريم سايرهم فى ذلك وكذلك السحر والحسد وإنها لا وجود للشياطين فى الأديان وكذا السحر والحسد والجن وبهذا الانكار ، ينكر الآيات الكثيرة الواردة عن الشياطين وأن لها وجوداً حقيقياً وأنها من مخلوقات الله سبحانه والآيات قاطعة الدلالة فى ذلك ، ورد ذكر الشياطين والشيطان أكثر من ثمانين مرة فى مواضع كثيرة من السور منها ﴿ فأزلهما الشيطان عنها فأخرجهما مما كانا فيه ﴾ سورة البقرة الآية ٣٦ ومنها ﴿ فوسوس إليه الشيطان قال يا آدم هل أدلك على شجرة الخلد وملك لا يبلى) سورة طه الآية ١٢٠ ، ﴿ فو ربك لنحشرنهم والشياطين ثم لنحضرنهم حول جهنم جثياً ﴾ سورة مريم الآية ٦٨ .

ولم يقف المستأنف ضده عند حد الإنكار بل أخذ يسخر من النص (وهو يعنى القرآن الكريم فيقول (وقد حول النص الشياطين إلى قوة معوقة وجعل السحر أحد أدواتها) هذه العبارة حرفياً من كتاب نقد الخطاب الدينى ، ٢٠٦ .

ومنطوق المستأنف ضده فى كلامه السالف أن كتاب الله تعالى حوى الكثير من الأباطيل التى ساير المجتمع الإسلامى فى بدايته لوجود هذه الاشياء فى اذهان الناس فى تلك الحقبة السحيقة من التاريخ وأن على الناس التخلص من هذه الأباطيل والتمسك بالحقيقة التى لا يعرفها إلا المستأنف ضده وحده تعالى الله عما يقولون علوا كبيراً .

رابعاً : وعن الجن والوسواس الخناس فالمستأنف ضده الأول ينكر وجود الجن حسبما ورد فى مؤلفاته كما سلف البيان ، وهو بهذا ينكرها كمخلوقات لها وجودها الحقيقى والتى اثبت القرآن وجودها فى آيات قاطعة الدلالة على ذلك منها :

قـول الحق تبـارك ﴿ وكـذلك جـعلنا لكل نبى عـدواً شـيـاطين الإنس والجن ﴾ سـورة الأنعـام الآية ١١٢ ، ويقـول سبحانه بيانـاً على أنـه يحشرهـم يـوم القيامة ﴿ ويوم يحشرهم جميعاً يامعشر الجن قد استكثرتم من الإنس وقـال أوليـاؤهم من الإنس ربنا استـمتـع بعـضنا ببعض وبلغنا أجلنا الذى أجلت لنا ، قـال النار مثـواكم خالدين فيها إلا ما شاء الله إن ربك حكيم عليم ﴾ سورة الأنعـام الآيـة ١٢٨ وفى خلق الجن يقـول الحق تبـارك وتعالى ﴿ وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون ﴾ سورة الزاريات ٥٦ والمستـأنف ضده لم يكتف بهذا التكذيب للآيات القرآنية قاطعة الدلالة فيما جاءت به بل ينسب إلى القرآن الكريم تطوير صور الجن نبعاً من معطيات الثـقافـة قـولاً من أن سورة النـاس مكيـه ويقصـد قـول الحق تبـارك وتعـالى ﴿ قـول أعـوذ برب الناس ملك الناس إله الناس من شر الوسواس الخناس الذى يوسوس فى صدور الناس من الجنة والناس ﴾ ويضيف أن النص طوره إلى مـا يشـبـه النـاس من انقـسـامـه إلى مـؤمنين وكافرين بعد ذلك فى سورة الجن ونسى المستأنف ضده أن سـورة الجن مكيـه أيضـاً باتفـاق ، بل هى قـريبـه فى ترتيب النزول من سورة الناس أى أن معطيـات الثـقافـة كما يقول كانت واحدة .

خامساً : ولا يقف المستـأنف ضده عند هذا الحد فى رمى القرآن الكريم باحتوائه على الأساطير ، بل يضيف إلى ذلك أيضـاً صـور العقاب والثواب ومشاهد القيامة ليدخلهـا أيضـاً ضـمن الأسـاطيـر إذا فـهُمت بحرفـيـة نصوصهـا ، وآيات العقاب والثواب أى الآيات القرآنيـة على النار والجنة ، وآيات مشاهد القيامة وعذاب القبر هى آيات كثيرة تمثل جزءاً كبيراً من كتاب الله تعالى .

خلاصة ما أورده المستأنف فى هذا الاصل من أصول العقيدة الإسلامية أن الايات القرآنية لا تمثل واقعاً ولا حقيقة ولكنها تمثل وجوداً ذهنياً فى مرحلة العمر النبوى أى فى أذهان الناس فى ذلك الوقت ، وقــد حــدثت تطورات فى العقـول والتاريخ وتغيـرت الصور الذهنية لرب الناس فيجب أن تفهم هذه العقيدة على نحو أذهان الناس اليوم ، والمستـأنف ضده بهذا القول يكون قد رد قـول الحق تبـارك وتعـالى عن القـرآن الكريم ، بانه الحق وان ما ورد به هو الحق وإنه لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، وأن الرسول ﷺ لا ينطق عن الهوى وهذه الآيات مثبوتة فى كتاب الله تعالى ومنها :

قول الحق تبارك وتعالى ، ﴿ يا أيها الناس قد جاءكم الرسـول بالحق من ربكم ﴾ سـورة آل عـمـران الآية ١٧٠ وقوله سبحانه ﴿ تلك آيات الله نتلوها عليك بالحق ﴾ سـورة آل عـمـران الآية ١٠٨ وقـولـه تعـالى ﴿ ولا تتـبـع اهواءهم عـمـا جـاءك من الحق ﴾ سـورة المائدة الآية ٤٨ وقوله تعالى ذكره ﴿ إن الحكم إلا لله يـقص الحق وهو خير الفاصلين ﴾ سورة الأنعام الآية ٥٧ ويقول سبحانه ﴿ إن الذين كـفـروا بالذكـر لما جـاءهم وانه لكتـاب عـزيز لايأتيـه البـاطل من بين يديه ولا من خلفـه تنزيل من حكيم حميد ﴾ سورة فصلت الآياتان ٤١ ، ٤٢ .

ويقول تعالى شأنه ﴿ وما ينطق عن الهـوى إن هو إلا وحى يوحى ﴾ سـورة النجم الآياتان ٣ ، ٤ ومن المعلوم فى اللغـة العـربيـة أن الحق له مـعـان تدور كلهـا حـول الشيء الثـابت بلا شك ، والمطابق لما عليـه ذلك الشيء فى نفسـه ، وان البـاطـل هـو بالاثبات له عند الفحص (راجع المفردات فى غريب القرآن ، ومختار الصحاح ، المعجم الوسيط) .

ولازالت المحكمة تواصل عرض ما أورده المؤلف عن القرآن الكريم .

يقول المستأنف ضده فى مؤلفه نقد الخطاب الدينى : ص ٩٣ - ٩٤ :

(النص منذ لحظة نزوله الأولى أى مع قراءة النبى له لحظة الوحى تحول من كونه نصاً إلاهيـاً وصـار فـهـمـاً انسانيـاً ، لأنه تحول من التنزيل إلى التأويل ، أن فهم النبى للنص يمثل أولى مراحل حركـة النص فى تفـاعله

بالعقل البشرى ، ولا التفات لمزاعم الخطاب الدينى بمطابقة فهم الرسول لدلالة الذاتية للنص على فرض وجود مثل هذه الدلالة الذاتية إن مثل هذا الزعم يؤدى إلى نوع من الشرك حيث أنه يطابق بين المطلق والنسبى وبين الثابت والمتغير حيث يطابق بين القصد الالهى والفهم الإنسانى لهذا القصد ولو كان فهم الرسول ، أنه زعم يؤدى إلى تأليهه أو إلى تقديسه باخفاء حقيقة كونه بشراً والكشف عن حقيقة كونه نبياً بالتركيز عليها وحدها ويقول المستأنف ضده فى نفس المؤلف ص ٢٠٦

(وإذا كنا ننطلق هنا من حقيقة أن النصوص الدينية نصوص انسانية بشرية لغة وثقافة ...) .

وفى نفس المؤلف ص ٢١٠ يقول :

يتم تغييب دلالات النصوص بالوثب على بعدها التاريخى والوثب على الثقافة والواقع المعاصرين بالارتداد بهما إلى عصر انتاج النصوص الدينية .

ويقول المستأنف ضده فى مؤلفه مفهوم النص ص ٦٠

(.. وتأتى الآية الثانية لتؤكد أن القرآن) مصدر من (قرأ) بمعنى القراءة الذى هو الترديد والترتيل ﴿ ورتل القرآن ترتيلاً ﴾. سورة المزمل الآية ٤ .

أن النص فى اطلاقه هذا الاسم على نفسه ينتسب إلى الثقافة التى تشكل من خلالها :

وعبارات المستأنف ضده بمنطوقها - ولا تفسر المحكمة هذا المنطوق الواضح الجلى لأن التفسير لا يكون مجاله إلا فى الغامض من العبارات - عبارات المستأنف ضده تنفى عن القرآن الكريم كونه نصاً إلاهياً وتؤكد على أنه نص بشرى ، وفى ذلك إنكار للآيات القرآنية قاطعة الدلالة فى ذلك وأيضاً لا تستند المحكمة إلى التفسير ولا للتأويل لان نصوص القرآن الكريم فى هذا الشأن «نص» بالمعنى الاصطلاحى للنص الذى سبق بيانه الذى لا يحتاج لتفسير ولا لتأويل .

ومن هذه الآيات الكريمة ما يأتى :

قول الحق تبارك وتعالى ﴿ وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون ﴾ سورة التوبة الآية ٦ .

فالقرآن كلام الله بنص الآية ، والمستأنف ضده يصر على أنه (نص إنسانى بشرى) ويقول الحق تبارك وتعالى فى السور المكيه : من سورة يونس الآية ١٥ ﴿ وإذ تتلى عليهم آياتنا بينات قال الذين لا يرجون لقاءنا ائت بقرآن غير هذا أو بدله قل ما يكون لى أن أبدله من تلقاء نفسى إن اتبعُ إلا ما يوحَىَ إلىّ إنى أخاف إن عصيت ربى عذاب يوم عظيم) .

ويقول جل شأنه فى الآية ١٧ من نفس السورة ﴿ فمن أظلم ممن افترى على الله كذباً أو كذب بآياته إنه لا يفُلح المجرمون ﴾ .

ومن سورة النحل الآيتان ، ١٠١ و ١٠٢ يقول الله سبحانه :

﴿ وإذا بدلنا آية مكان آية والله أعلم بما ينزل قالوا إنما انتَ مفُتر بل أكثرهم لا يعلمون ، قل نزله روح القدس من ربك بالحق ليثبّت الذين آمنوا وهدى وبشرى للمسلمين) ومن سورة النمل يقول الله جل شأنه الآيه ٦ (وانك لتُلقىّ القرآن من لدُن حكيمٍ عليمٍ ﴾ فالآيات تدل قطعاً على أن القرآن الكريم الذى تتلوه هو كلام الله تعالى وان الله سبحانه أنزل كلماته وآياته وهى التى يتلوها رسول الله ﷺ والتى تتلوها اليوم - فالقرآن الكريم ليس فهماً انسانياً من الرسول ﷺ للوحى كما يؤكد المستأنف ضده فى كلامه وليس نصاً بشرياً ، وليس منتجاً ثقافياً ونسبة هذه الصفات للقرآن الكريم فيها رد للقرآن الكريم بأكمله بوصفه كلام الله لفظاً ومعنى ورد للآيات القرآنية التى تنص على أن الآيات بذاتها منزله من الله سبحانه وتعالى كما يقول الحق تبارك وتعالى ﴿ لا تحرك به لسانك لتعجل به إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ﴾ سورة القيامة

الآيات ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ثم إن القرآن الكريم مقدس وصفه الله سبحانه بانه القرآن العظيم سورة الحجر الآيه ٨٧ ووصفه سبحانه ﴿ بل هو قرآن مجيد فى لوح محفوظ ﴾ سورة البروج الآيتان ٢١ ، ٢٢ ووصفه جل شأنه فى سورة ق الآية الأولى ﴿ ق والقرآن المجيد ﴾ ووصفه بانه الحكيم ﴿ الر تلك آيات الكتاب الحكيم ﴾ سورة يونس الآية الأولى ، ووصفه بانه شفاء ورحمه للمؤمنين الايه ٨٢ من سوره الاسراء وصفه سبحانه ﴿ وانه لكتاب عزيز لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد ﴾ .

سورة فصلت الآيتان ٤١ ، ٤٢ كما وصفه سبحانه ﴿ انه لقرآن كريم فى كتاب مكنون ﴾ سورة الواقعة الآيتان ٧٧ - ٧٨ وأنه هدى للناس ، سورة البقره الآية ١٨٥ ووصفه سبحانه بانه ﴿ ص والقرآن ذى الذكر ﴾ صوره ص الآية الأولى ووصفه جل شأنه ﴿ الر تلك آيات الكتاب المبين ﴾ سوره يوسف الآيه الأولى هذه صفات القرآن الذى انزله الله سبحانه والذى يصفه المستأنف ضده الأول بأنه نص بشرى وأنه (تأنسن هكذا) وأنه فهم لرسول الله ﷺ للوحى ، والقول بغير هذا يؤدى إلى نوع من الشرك (هكذا) وان النص اطلق على نفسه (القرآن) .

٦ - واذا كان المستأنف ضده توجه إلى العقيده الإسلامية فى أصلها الأول وهو القرآن الكريم لما سبق ان اوردناه ، كما توجه إلى جزء من أحكام المقيده الوارده بالقرآن الكريم ايضاً ، فإنه اتجه إلى الشريعة ليوجه إليها الاقوال الاتية :

(أ) من كتاب اهدار السياق فى تأويلات الخطاب الدينى ص ٣٧ يقول المستأنف ضده :

وإذا انتقلنا من مجال العقائد والتصورات إلى مجال الأحكام والتشريعات فالأحكام والتشريعات جزء من بنية الواقع الاجتماعى فى مرحلة اجتماعية تاريخية محددة .

وفى ص ٦٠ من كتاب نقد الخطاب الدينى يقول واذا كان مبدأ تحكيم النصوص يؤدى إلى القضاء على استقلال العقل لتحويله إلى تابع يقتات بالنصوص ويلوذ بها ويحتمى فإن هذا ما حدث فى تاريخ الثقافة العربية الإسلامية .

(ب) وفى قضية المطالبة بمساواة المرأة بالرجل فى الأحكام على خلاف ما ورد بالقرآن الكريم يقول المستأنف ضده فى نفس الكتاب ص ٢٢٢ .

ولا يتم الكشف عن المظهر فى قضية المرأة ومساواتها بالرجل خارج سياق الكشف عن حركة النص الكلية ... المظهر الكلى تحرير الانسان الرجل والمرأة من أسر الارتهان الاجتماعى والعقلى ، لذلك طرح العقل نقيداً (بالجاهلية) والعدل نقيداً (للظلم) والحرية نقيداً (للعبودية) ولم يكن يمكن لتلك القيم إلا أن تكون مغمره مدلولا عليها ، فالنص لا يفرد على الواقع ما يتصادم معه كلياً بقدر ما يحركه جزئياً ، ولعل مثار الاجتهاد قد تحدد الآن فى مسألة ميراث البنات بل فى كل قضايا المرأة المثارة فى واقعنا .

ويوضح ما يقصده بصورة أكثر بياناً ص ١٠٥ من نفس الكتاب فيقول :

وفى قضية ميراث البنات بل فى قضية المرأة بصفه عامة نجد الإسلام اعطاها نصف نصيب الذكر بعد أن كانت مستبعده استبعاداً تاماً وفى واقع اجتماعى اقتصادى تكاد تكون المرأة فيه كائناً لا أهلية له وراء التبعية الكاملة بل الملكية التامة للرجل أباً ثم زوجاً . اتجاه الوحى واضح تماماً ، وليس من المقبول أن يقف الاجتهاد عند حدود المدى الذى وقف عنده الوحى وإلا انهارت دعوى الصلاحية لكل زمان ومكان .

وحيث أن هذه العبارات التى صدرت من المستأنف ضده تدل نصاً على أنه لا يقبل أن يقف الاجتهاد عند حدود المدى الذى وقف عنده الوحى وانما يجب أن يتطور الاجتهاد بالنسبه لهذه الاحكام المنصوص عليها ارتباطاً

بقياس مدى تطوير النص للواقع التاريخى والمعيار فى ذلك المناحى الكلية للوحى ومفهوم ذلك أن القرآن الكريم وإذ اعطى البنت نصف الذكر فى الميراث بعد أن كانت لا ترث شيئاً فالاتجاه هو اعطاؤها حقها ولكن لم يقرر القرآن الكريم ذلك حتى لا يصطدم بالواقع ، وانما اكتفى بتحريك الواقع جزئياً ليكمل الناس باجتهادهم هذا الاتجاه لنهايته ، وكذلك الشأن فى حجب البنت لباقى الورثه ، وكذلك فى شهادة ة امرأتين لشهادة رجل واحد وهكذا .

وهذا الذى ذهب إليه المستأنف ضده هو يعلم انه يخرج على الآيات القرآنية التى تنص على أحكام قطعية فى هذا المجال ومن ثم فهو يطالب ويلح ويجعل همه كله عدم تحكيم النصوص على نحو ما نقل الحكم عنه قبل .

وتورد المحكمة بعض الآيات قطعيه الدلالة فى ميراث الأنثى بالنسبه للذكر ، وفى أن شهاده امرأتين تعدل شهادة الرجل الواحد من ذلك :

قول الحق تبارك وتعالى فى سورة النساء من الآيه التاسعة :

﴿ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ﴾ وفى الآيه ١٢ من نفس السورة ﴿ ولكم نصف ما ترك ازواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ثم تأتى الآيتان التاليتان لهاتين لتبين طبيعة هذه الأحكام ﴿ تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ، ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين ﴾ وعن شهادة امرأتين بالرجل يقول الحق تبارك وتعالى :

﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾ سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(و) وعن بعض الأحكام الواردة بالقرآن الكريم وهى ملك اليمين ووضع أهل الذمه فى الإسلام والجزية ، نورد بعض عبارات المستأنف ضده من كتابه نقد النص الدينى ص ١٠٤ تزييف يجمد النصوص كما يجمد الواقع بالغاء حقائق التاريخ واللغة ومحاربة العقل الذى حرره الوحى ، وليس غريباً بعد ذلك كله أن يتعلم ابناؤنا فى المدارس أن الإسلام يبيح امتلاك الجوارى ومعاشرتهن معاشره جنسية وأن هذه احدى الطرائق فى العلاقة بالنساء إلى طريقة الزواج الشرعى مادام ذلك قد وردت به النصوص ، وليس غريباً أيضاً فى ظل عبودية النصوص أن يتعلموا أن المواطن المسيحى مواطن من الدرجة الثانية يجب أن يحسن المسلم معاملته ، وفى ص ٢٠٥ من نفس الكتاب يقول :

والآن وقد استقر مبدأ المساواة فى الحقوق والواجبات بصرف النظر عن الدين واللون والجنس لايصح التمسك بالدلالات التاريخية لمسأله الجزية أن التمسك من دلالات الحرفية للنصوص فى هذا المجال لا يتعارض مصلحة الجماعة فحسب ، ولكن يضر الكيان الوطنى القومى ضرراً بالغاً ، وأى ضرر أشد من جذب المجتمع إلي الوراء إلى مرحلة تجاوزتها البشرية فى نضالها الطويل من أجل عالم أفضل مبنى على المساواة والعدل والحرية إذ أن المستأنف ضده فى العبارات يرى أن التمسك بالنصوص فى شأن الجزيه يجذب المجتمع للوراء والذى وصل إلى عالم أفضل مما كان عليه ، فالتمسك بالدلالات الحرفيه للنصوص هى فى نظره تمثل التخلف والعودة إليه بعد أن تقدمت البشرية إلي ما هو أفضل وهذا المعنى الحرفى لأقوال المستأنف ضده يكرره فى ص ١٠٢ من نفس الكتاب :

فمن الطبيعى بل والضرورى أن يعاد فهم النصوص وتأويلها بنفى المفاهيم التاريخيه الاجتماعية الأصلية ، واحلال المفاهيم المعاصره والأكثر انسانية وتقدماً مع ثبات مضمون النص .

وحيث أن ما قرره المستأنف ضده فى خصوص ملك اليمين يتعارض مع النصوص القطعية الواردة بكتاب الله تعالى والتى يلزم اتباع حكمها إذا توافرت شروطها وانتفت موانعها ، أى إذا وجد ملك اليمين لأركانه الشرعية وشروطه وانتفت موانعه ، فإن لم يجد مالك اليمين فلا مجال لانطباق النص ، ومن الآيات القرآنية التى ترد حكم ملك اليمين الآيات من ١ إلى ٧ من سوره المؤمنون ﴿ قد أفلح المؤمنون الذين هم فى صلاتهم خاشعون والذين هم عن اللغو معرضون ، والذين للزكاة فاعلون ، والذين هم لفرجوهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴾ أما ما أورده المستأنف ضده عن معاملة أهل الذمه وما ورد بشأنهم من وجوب الجزيه عليهم وأن القول بذلك يعنى جذب المجتمع للوراء إلى مرحلة تجاوزتها البشرية فى نضالها الطويل من أجل عالم أفضل ، فهذا القول رد لآيات الله تعالى فى شأن الجزية ووصف لها بأوصاف قد يتحرج البعض من أن يصف بها كلام البشر وأحكامهم بل وهو قول يخالف ما اوجبه القرآن الكريم والسنه النبوية من أحكام تمثل قمة المعاملة الانسانية الكريمة للأقليات غير الإسلامية فى الدولة الإسلامية وهى معاملة يتمنى المسلمون فى العالم أجمع أن تعامل الدول غير المسلمة الأقليات الإسلامية بداخلها طبقاً لمعاملة حكام الإسلام للأقلية غير المسلمة بدلاً من المذابح الجماعية للرجال والنساء والولدان ، أما آية الجزية التى خرج عليها المستأنف ضده وهى أية قاطعة الدلالة فهى الآية ٢٩ من سورة التوبة ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرّمون ما حّرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ .

(د) واستمراراً من المستأنف ضده فى رد بعض أحكام القرآن الكريم يقول المستأنف ضده فى كتابه مفهوم النص ص ٢١ ما يأتى :

فإذا نظرنا للإسلام من خلال منظور الثقافة تبدد ذلك الوهم الزائف الذى يفصل بين العروبه والإسلام ، ويهمش المستأنف ضده هذه العبارة برقم ١ - ويقول فى الهامش ما يأتى : أن الفصل بين العروبة والإسلام ينطلق من مجموعة من الافتراضات المثالية الذهنية أولها عالمية الإسلام من دعوى أنه دين للناس كافة لا للعرب وحدهم ورغم أن هذه الدعوى مفهوم مستقر فى الثقافة فان إنكار الأصل العربى للإسلام وتجاوزه للوثب إلى العالمية مفهوم حديث نسبياً .

المستأنف ضده يكرر أن عالمية الإسلام افتراض مثالى ذهنى بهذا يرد الآيات قاطعة الدلالة على أن الله سبحانه وتعالى أرسل رسوله محمداً ﷺ للناس كافة عامه وليس لقريش ولا للعرب فحسب ، والآيات لترتيب نزول صدورها كما قرر بذلك علماء علوم القرآن الكريم يقول الله سبحانه فى سورة القلم وهى السورة الثانية فى النزول بعد سورة العلق ﴿ وإن يكاد الذين كفروا ليزلقونك بأبصارهم لما سمعوا الذكر ويقولون إنه لمجنون ، وماهو إلا ذكر للعالمين) الآيتان ٥١ - ٥٢ ، وتتكر الآية الثانية فى العديد من الصور - وفى سورة الاعراف الآية ١٥٨ يقول الحق تبارك وتعالى ﴿ قل يا أيها الناس إن رسول الله إليكم جميعاً ﴾ ويقول الحق تبارك وتعالى فى سوره الفرقان الآية الأولى :

﴿ تبارك الذى نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً ﴾

ويقول جل شأنه فى سورة سبأ الآية ٢٨ ﴿ وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً ولكن أكثر الناس لا يعلمون ﴾ .

ويقول الله سبحانه فى سورة الأنبياء الآية ١٠٧ :

﴿ ومارسلناك إلا رحمة للعاملين ﴾

(د) ويتجه المستأنف ضده أيضا للهجوم على النصوص بعامة لينفى عنها ثبات المعانى والدلالة وينفى

عنها أيضاً وجود عناصر ثابتة بها يقول المستأنف ضده فى كتابة نقداً للخطاب الدينى ص٩٩:

الواقع هو الأصل ولا سبيل لإهداره ، ومن الواقع تكون النص « تكرر المحكمة أن المؤلف يطلق على القرآن الكريم : النص ، والنصوص » ومن لغته وثقافته صيغت مناهجه ... فالواقع أولاً والواقع ثانياً والواقع أخيراً ، وإهدار الواقع لحساب نص جامد ثابت المعنى والدلالة يحول كليهما إلى أسطورة .

وفى ص ٨٣ من نفس الكتاب يقول :

وليس ثمة عناصر جوهرية ثابتة فى النصوص ، بل لكل قرأة بالمعنى التاريخى الاجتماعى جوهرها الذى تكشفه فى النص .

وفى ص ١٠٣ من كتابه الإمام الشافعى ... يقول المستأنف ضده :

وهذا يدل على أنه ليس لأحد دون رسول الله « ﷺ »

أن يقول إلا بالاستدلال .. وإذا كان هذا الفهم .. ينطلق من موقف ايدلوجى واضح فإن هذا الموقف يعكس رؤية للعالم والإنسان تجعل الإنسان مغلولاً دائماً لمجموعة من الثوابت التى إذا فارقها حكم على نفسه بالخروج من الإنسانية ، وليست هذه الرواية للإنسان والعالم معزولة تماماً عن مفهوم الحاكمية فى الخطاب الدينى السلفى المعاصر حيث ينظر لعلاقة الله بالإنسان والعالم من منظور علاقة السيد بالعبد الذى لا يتوقع منه سوى الإذعان ثم ينتهى المستأنف ضده إلى غايته من مؤلفه المذكور فيقول فيه ص ١١٠ وقد آن أوان المراجعة والانتقال إلى مرحلة التحرر لا من سلطة النصوص وحدها بل من كل سلطة تعوق مسيرة الإنسان فى عالمنا علينا أن نقوم بهذا الآن وفوراً قبل أن يجرفنا التيار وهذا الذى صرح به المستأنف ضده إنما يرد به قول الحق تبارك وتعالى فى آيات كثيرة عن عبودية الإنسان لله سبحانه وتعالى كما فى قوله تبارك وتعالى ﴿ وما خلقت الجن والأنس إلا ليعبدون ﴾ سورة الذاريات الآية ٥٦ ، كما يرد الآيات الكثيرة التى تلزم الإنسان بطاعة ربه سبحانه وتعالى وطاعة رسوله ﷺ كما فى قول الحق تبارك وتعالى ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ﴾ سورة النساء الآية ٦٥.

كما أن هذا الذى أورده المستأنف ضده يرد به الآيات الكثيرة التى تفرض على الرسول ﷺ وعلى سائر الأمة الإسلامية حكاماً ومحكومين إلى يوم الدين ، تفرض على الجميع الحكم بما أنزل الله سبحانه ، وهل يكون إلا الحكم بالنصوص ، ومن هذه الآيات ما ورد بسورة المائدة بالآيتين ٤٩ ، ٥٠ يقول الحق سبحانه وتعالى ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم وأحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم وإن كثيراً من الناس لفاسقون ، أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون ﴾ وفى نفس السورة ينص الحق تبارك وتعالى على صفة من لم يحكم بما أنزل الله سبحانه وتعالى وذلك فى الآيات ٤٤، ٤٥، ٤٧ ﴿ ومن لم يحكم بماأنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ ، ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾، ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ﴾ .

(هـ) وإذا كانت المحكمة قد أوردت بعض مقالات المستأنف ضده فما توصيف المذكور لبعض مؤلفاته « نقداً بالخطاب الدينى» يقول فى ص ١٠ :

فإذا كانت هذه الفصول الثلاثة قد سبق نشرها منفصلة .. فإن وحدتها لا تكمن فقط فى وحدة الموضوع الذى يتناوله « وهو الخطاب الدينى بل تتجلى بشكل ابرز فى كونها جزءاً - حيوياً من منظومة أكبر من منظومة العقل فى صراعه ضد الخرافة ، والعدل فى صراعة ضد الظلم .

وحيث أن المحكمة تنتقل إلى كتابات المستأنف ضده عن السنة النبوية ، القسم الثانى : ما يتصل بالسنة النبوية ، ونقلاً عن كتاب المستأنف ضده : الإمام الشافعى وتأسيس الايدولوچية الوسطية العبارات الآتية :

ص ٢٨ : فى محاولة الشافعى ربط النص الثانوى « السنة النبوية » بالنص الأساسى « القرآن .. ص ٣١ لا يخلو بدوره من دلالة على طبيعة مشروع الشافعى المشروع الهادف إلى تأسيس السنة نصاً ، وفى ص ٣٩ يقول فإن الوجه الثالث محل الخلاف وهو استقلال السنة للتشريع يكشف عن طبيعة الموقف الذى أهيل عليه تراب النسيان فى ثقافتنا وفكرنا الدينى ، وطبقاً لهذا الموقف ليست السنة مصدراً للتشريع وليست وحياً بل هى تفسير وبيان لما أجمله الكتاب - وحتى مع التسليم بحجية السنة فإنها لا تستقل بالتشريع ولا تضيف إلى النص الأصلى شيئاً لا يتضمنه على وجه الإجمال والإشارة وفى ص ٤٠ يكرر المستأنف ضده :

وإذا كانت الحكمة هى السنة فإن طاعة الرسول المقترنة دائماً بطاعة الله فى القرآن تعنى اتباع السنة « المستأنف ضده هنا يورد رأى الشافعى » ولا يمكن الاعتراض على الشافعى بأن المقصود بطاعة الرسول طاعته فيما يبلغه من وحى الإلهى القرآن ، لانه قد جعل السنة وحياً من الله يتمتع بنفس القوة التشريعية والإلزام .. هكذا يكاد الشافعى يتجاهل بشرية الرسول تجاهلاً شبه تام .

وفى ص ٤٢ : ومعنى ذلك أن تأسيس مشروعية السنة بناء على تأويل بعض نصوص الكتاب - مثل تأويل الحكمة بأنها السنة ، وتأويل السنة بأنها إنعدام الخطأ مطلقاً ، لم يكن يتم بعزل عن الموقف الايديولوچى المشار إليه ولا يتبين هذا بشكل واضح إلا بيان الكيفية التى يساجل بها الشافعى من لا يقبلون من السنة إلا ما وافق الكتاب .

وفى ص ٥٥ يوضح ما يراه المؤلف من دور الشافعى والدافع إليه :

أن تأسيس السنة وحياً لم يكن يتم بمعزل عن المؤلف الايديولوچى الذى اسهبنا فى شرحه وتحليله : موقف العصبية العربية القريشية التى كانت حريصة على نزع صفات البشرية عن محمد ﷺ وإلباسه صفات قدسية إلهيه تجعل منه مشرعاً .

وسبق أن قال هذا المعنى ص ٤٥ بألفاظ مقاربه .

وفى ص ٧٤ - ٧٥ يقول المستأنف ضده : ولا شك أن قبول الشافعى للمراسيل .. كاشف عن طبيعة المشروع الذى يريد أن يصدع الذاكرة على أساس الحفظ ومرجعية النصوص . وبعد تعيين السنة وفى ص ١١٠ يقول : هذه الشمولية التى حرص الشافعى على منحها للنصوص الدينية بعد أن وسع مجالها فحول النص القانونى الشارح إلى الأصلى وأضفى عليه نفس درجة المشروعية .

وهذا الذى أورده المستأنف ضده عن السنة فيه رد لكثير من الآيات القرآنية الصريحة فى وجوب الرجوع إلى السنة والوعيد لمن يخالفها يقول الله سبحانه « يا أيها اللذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً » سورة النساء الآية ٥٩ . فالرد هنا إلى كتاب الله سبحانه وإلى سنة الرسول ﷺ فى حياته وبعد وفاته عليه الصلاة والسلام .

يقول الله تبارك وتعالى ﴿ وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدوداً ﴾ سورة النساء / الآية ٦١ ثم يقسم الحق تبارك وتعالى على عدم إيمان من لم يحكم الرسول ﷺ فيما نشب من خلاف وهذا هو التسليم الظاهر ثم لا يجد حرجاً فيما قضى ﷺ وهو التسليم باطناً بهذا الحكم ،

﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ﴾ سورة النساء ، ٦٥ .

المحكمة لا ترى سعة حكمها ليحتوى نقل أقوال علماء المسلمين باختلاف مذاهبهم ونحلهم على أن السنة وحى من الله سبحانه وتعالى وشرع منه فى خصوص تشريع الاحكام لا فى مجال الأمور الدينوية والمعيشية ، وهى اقوال ترى المحكمة أن المستأنف ضده وهو أستاذ فى علوم العربية والدراسات الإسلامية بأحدى الجامعات المصرية لا تخفى عليه ، وتورد المحكمة بعضاً من هذه الاقوال اقامة للحجة عليه إضافة لما سبق : يقول أبو بكر الجصاص من كبار علماء الحنفية وائمتهم قوله تعالى ﴿ وما ينطق عن الهوى ﴾ يحتج به من لا يجيز أن يقول النبي ﷺ فى الحوادث من جهة اجتهاد الرأى بقوله « إن هو إلا وحى يوحى » وليس كما قلته لإن اجتهاد الرأى إذا صدر عن الرجل جاز أن ينسب إلى مجتهده وما أدى إليه أنه عن وحى ، أحكام القرآن ٤١٣/٣ ، ويقول السرخس من كبار فقهاء الحنفية « قد بينا أنه كان يعتمد الوحى فيما بينه من أحكام الشرع والوحى نوعان ظاهر وباطن .... وأما ما يشبه الوحى فى حق رسول الله ﷺ فهو استنباط الأحكام من النصوص بالرأى والاجتهاد فإنما يكون من رسول الله ﷺ بهذا الطريق فهو بمنزلة الثابت بالوحى لقيام الدليل على إنه يكون صواباً لا محالة » أصول السرخس ٢/ ٦٠ - ٦١ ، أما كلام فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فى هذا الخصوص فقد نقل المستأنف ضده بعضاً منه فى كتابه عن الإمام الشافعى والاتفاق بينهم على أن السنة وحى من الله تعالى أما أهل الظاهر فيقول ابن حزم « الوحى ينقسم من الله عز وجل إلى رسوله ﷺ على قسمين : أحدهما وحى متلو ومؤلف تأليفاً معجز النظام وهو القرآن والثانى وحى مروى منقول غير مؤلف ولا معجز النظام ولا متلو ولكنه مقروء وهو الخبر الوارد عن رسول الله ﷺ وهو المبين عن الله عز وجل مراده هنا قال الله تعالى ﴿ لتبين للناس ما نزل إليهم ﴾ ووجدناه تعالى قد أوجب طاعته هذا الثانى كما أوجب فطاعة القسم الأول الذى هو القرآن ولا فرق » الأحكام فى اصول الاحكام / ١ / ١٠٨ . ويقول الشيعة « لا يختلف الشيعى عن السلف فى الأخذ بسنة الرسول الله ﷺ ، بل يتفق المعلمون جميعاً على أنها المصدر الثانى للشريعة ، ولا خلاف بين مسلم وآخر فى أن قول الرسول ﷺ سنة لابد من الأخذ بها » مقدمة المختصر النافع فى فقه الامامية ولا تخرج كتب المعتزلة فى مجموعها عن هذا الأصل « راجع المعتمد فى اصول الفقه لابى الحسين البصرى » وكذا كتب الخوارج « راجع شرح الدعائم تحقيق عبد المنعم عامر » .

وحيث انه بالرجوع إلى المذهب الحنفى لمعرفة من يعد مرتداً لاعتبار أن الرجوع إلى المذهب المذكور هو الواجب عملاً بالمادتين ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة ٦ المذكورة تقرر « تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلاً من إختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة » اما المادة ٢٨٠ من اللائحة فعبارتها « تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولا يرجع الأقوال من مذهب ابى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لهذه القواعد » نجد الأمام أبو بكر الجصاص يقول فى أحكام القرآن ٢/ ٢١٣-٢١٤ .. وفى هذه الآية دلالة على أن من رد شيئاً من أوامر الله تعالى أو أوامر الرسول ﷺ فهو خارج عن الإسلام سواء رده من جهة الشك فيه أو من جهة ترك القبول والامتناع من التسليم لأن الله تعالى حكم بأن من لم يسلم للنبى ﷺ قضاءه وحكمه فليس من أهل الإيمان .

ويقول ابن تميم من الحنفية « الأشباه والنقائض » ١٩٢/١٩ : الكفر تكذيب محمد ﷺ في شيء مما جاء به من الدين ضرورة ، ولا يكفر أحد من أهل القبلة إلا بجحود ما ادخل فيه ، ويصير مرتداً بانكار ما وجب الإقرار به ، أو ذكر الله تعالى أو كلامه بالاستهزاء ، والاستخفاف بالقرآن أو المسجد أو مما يعظم كفر ... ورد النصوص كفر ويقول ابن عابدين في حاشيته ٤١١/٤٠٩/٣ في خصوص الزنديق « .. لاعتبارهم ابطان الكفر والإعتراف بنبوه نبينا محمد ﷺ .. فإن قلت كيف يكون معروفاً داعياً إلى الضلال وقد اعتبر في مفهومه الشرعي أن يطبق الكفر ؟ قلت : لا يعدو فيه ، فإن الزنديق يموه كفره ويروع عقيدته الفاسدة ويخرجها في الصورة الصحيحة وهذا معنى ابطان الكفر فلا يتنافى اظهاره الدعوى إلى الضلال وكونه معروفاً بالاضلال . ويجحدون الحشروالصوم والصلاه والحج ويقولون إلى بها غير المعنى المراد والحاصل إنه يصدق عليهم أسم الزنديق .

هذا هو مذهب الحنفية في المرتد ، ولا يوجد فيما اطلعت عليه المحكمة قول أو رأى يذهب إلى أن من إرتكب أحد الأفعال السابقة غير مرتد ، بل أن الإجماع إنعقد على : تكفير من واقع نص الكتاب الكريم ، وكذا من استخف بالقرآن أو جمده أو حرف منه أو كذب شيئاً منه أو اثبت ما نفاه أو نفى ما أثبته على علمه منه بذلك أو شك في شيء من ذلك فهو كافر عند أهل العلم باجماع ، وكذا من سخر بالشريعة ، أو بحكم من أحكامها ، كأن يسخر من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أو لم يقر بالأنبياء والملائكة فهو كافر إتفاقاً « راجع تبصره الحكام ، ٢٨٧/٢ ، الإعلام بقواطع الإسلام / ٣١ - ٦٤ » .

لما كان ما تقدم وكان الثابت مما أوردته المحكمة من تقول لاقوال المستأنف ضده في مؤلفاته والتى اقر بها على نحو ما سلف إنه ارتكب الآتى على نحو ما فصلته المحكمة فيما سبق :

١- كذب المستأنف ضده كتاب الله تعالى بانكاره لبعض المخلوقات الذى وردت الآيات القرآنية ذات الدلالة القاطعة في إثبات خلق الله تعالى لها ووجودها كالعرش والملائكة والجن والشياطين ورد الآيات الكثيرة الواردة في شأنها .

٢- سخر المستأنف ضده من بعض آيات القرآن الكريم بقوله « حول النص - يقصد القرآن الكريم - الشياطين إلى قوة معوقة وجعل السحر أحد أدواتها » وسبق الاشاره إلى موضع هذا القول من مؤلفاته .

٣- كذب المذكور الآيات الكريمة وهى نص فيما تدل عليه بشأن الجنة والنار ومشاهد القيامة وبرميها بالأسطورية .

٤- يكذب المذكور الآيات القرآنية التى تنص على أن القرأن الكريم كلام الله تعالى وتسبغ أقل الصفات وأعظمها عليه فيقول إنه نص إنسان بشرى وفهم بشرى للوحى .

٥- يرد المذكور آيات كتاب الله تعالى القاطعة في عمومية رسالة الرسول سيدنا محمد ﷺ للناس كافة عامة .

٦- وفي مجال آيات التشريع والأحكام يرى المستأنف ضده عدم الإلتزام بأحكام الله الواردة فيها بعامة لأنها ترتبط بفترة تاريخية قديمة ، ويطالب بأن يتجه العقل إلى إحلال مفاهيم معاصرة أكثر إنسانية وتقدماً وافضل مما وردت بحرفية النصوص « كبرت كلمة تخرج من أفواههم أن يقولون إلا كذباً » سورة الكهف الآية ٥ ، وينفى أن النصوص وجود عناصر ثابتة بها ، ولا يرد على وجه الخصوص النصوص المتعلقة بأحكام المواريث ، والمرأة وأهل الذمة وملك اليمين الواردة بكتاب الله تعالى .

٧- وبعد أن عمق المستأنف ضده هجماته وتكذيباته لكتاب الله تعالى إتجه إلى السنة النبوية الشريفة لينال منها قدر استطاعته فيردها كوحى من عند الله تعالى وكأصل للتشريع وأن القول بذلك يقصد منه تأليه « محمد ﷺ » وبهذا يرد على الآيات القرآنية ويكفر بها الواردة فى حجية السنة وفى أنها من وحى الله وإن إختلفت عن القرآن الكريم فى السنة والأثر .

وحيث أن الأقوال باجماع علماء المسلمين وائمتهم إذا أتاها المسلم وهو عالم بها يكون مرتداً خارجاً عن دين الإسلام ، فإذا كان داعياً لها فإن بعض العلماء يسميه زنديقاً فيكون أشد سوء من المرتد وكان المستأنف ضده يعمل أستاذ للغة العربية والدراسات الإسلامية فهو يعلم كل كلمة كتبها وكل سطر خطه وما تعنيه هذه الكلمات وما تدل عليه هذه السطور وأن كان من المقرر أنه عند ظهور الألفاظ فلا تحتاج إلى نية ومن ثم يكون المستأنف ضده قد ارتد عن دين الإسلام واضافة لذلك فقد استغل وظيفته كأستاذ لطلبة الجامعة فأخذ يدرس لهم هذه التكذيبات لكتاب الله ويلزمهم بدراسة واستيعاب هذه المعلومات القاتلة بما حوته من الأوصاف البذيئة التى رمى بها كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ ، دون خوف من الله سبحانه ولا خوف من سلطة حاكمه ، وهؤلاء الشباب فى سن التشكيل والتأثر وخصوصاً بمن يعتبرونهم قدوه لهم كأساتذتهم ، وترى المحكمة أن الكلية التى يدرس بها المستأنف ضده والجامعة مسئولان - عن هذه الكتب لأن هذه المؤسسات العلمية عندها من الوسائل وتسطيع أن تضع من التعليمات ما يكفل منع هذه المؤلفات التى تحاول هدم أصول العقيدة الإسلامية وما هى بمستطعية ولكنها تشوش عقول الشباب فى أصول عقيدتهم ، وقد تدفع البعض إلى المروق عن الدين ، وهذا إفساد للمجتمع وللشباب وللجامعة ، والدين الإسلامى كما هو شامخ ثابت كما أنزله الله سبحانه على رسوله محمد ﷺ ، لقد تعرض لكثير من هذه الفقاقيع من دسائس ابن سبأ ومروراً بزنادقه العصر العباسى وغيره من العصور والإسلام فى كتاب الله تعالى وفى سنة رسوله محمد ﷺ ، وفى الدول الإسلامية وفى قلوب المؤمنين باق مستمر ولو كره الكافرون ، ولو كره المشركون ، ولو كره المنافقون ، وما أتاه المستأنف ضده ليس خروجاً عن كتاب الله وكفراً به فحسب ولكنه أيضاً خروجاً على دستور جمهورية مصر العربية فى مواده الثانية والتى تنص على أن الإسلام دين الدولة فالدولة ليست علمانية ولا ملحدة ولا نصرانية ، الدولة مسلمة دينها الإسلام وإذا كان دين الدولة الإسلام فإن الاعتداء على أصوله ومقدساته اعتداء على الدولة فى كيانها التى تقوم عليه وعقيدتها التى تدين بها ، وأيضاً خروج على المادة التاسعة من الدستور فيما نصت عليه من أن الأسرة أساس المجتمع وقوامها الدين ، وخروج على المادة ٤٧ من نفس الدستور التى تجعل حرية الرأى مكفولة لكل إنسان التعبير عن رأيه فى حدود القانون ، وهو لم يلتزم حدود القانون فيما كتبه لخروجه على قانون العقوبات فى هذا الشأن أما ما دفع به المستأنف ضده من أن ما أتاه فى حدود البحث العلمى والإجتهاد الفقهى فهذا دفع ظاهر الفساد ، فإن من المعلوم لكل باحث ولو كان مبتدئاً أن للبحث العلمى أصول وللاجتهاد الفقهى قواعده وشروطه ، فإن إنسلخ الباحث عن أصول العلم الذى يبحث فيه وإذا حاول هدم القواعد والشروط وإذا خرج عن التزامات البحث العلمى الحقة ، فلا يسمى ما كتبه بحثاً ، ولا ما سطره إجتهاداً ، وبالنسبة للمستأنف ضده فإنه يبحث فى علوم القرآن فى مفهوم النص ، ومفهوم النص بالمعنى اللغوى لإنه لفظ باللغة العربية يرجع فى تحديده للغة العربية وهو إصطلاحى يرجع فى تحديده لأهل العلم من العلماء فى علوم القرآن وأصول الفقه ، ففى اللغة العربية من مادة : فهم ، والفهم :

هيئة للإنسان بها يتحقق معالم ما يحس ، وأفهمته إذا قلت له حتى تصدره ، فإذا إنتقلنا إلى المعنى الإصطلاحى نجد أن بعضهم يعده بأنه التنبيه بالمنطوق على المسكوت عنه ، أى أن حكم النص قائم وهناك حكم آخر يؤخذ من هذا المنطوق يفهم منه ومنه مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة « راجع الأحكام للأمدى ٣٢٨/٢ ، المدة فى أصول الفقه ١٥٢/١ - ١٥٣ » أما هدم النص والدعوى إلى التحرر من سيطرته وإنشاء مفاهيم عقلية لا يعدها نص ولا تلتزم بلغة فهذا ليس من صور البحث العلمى خصوصاً فى مسائل العقيدة وعلوم القرآن والاجتهاد لغة من بذل الجهد فى طلب الشىء المرغوب ادراكه حيث يوجب وجوده أو يوقن وجوده فيه اصطلاحاً : استنفاذ لطلباته فى طلب حكم النازلة حيث يوجد ذلك الحكم ، ومصادر الحكم الشرعى هو كتاب الله تعالى وسنة رسوله محمد ﷺ إما نصاً وإما اجتهاداً فيهما ، فإذا خرج المستأنف ضده عليهما وكذبهما وردهما فلا يكون هذا اجتهاداً ، وهذا شأنه فى مؤلفاته التى اطلعت عليها المحكمة على نحو ما قلت لما كان ذلك وكان من المقرر وفق مذهب الحنفية إنه إذا ارتد أحد الزوجين ، فإن كانت الردة من المرأة كانت فرقة وغير طلاق بالاتفاق فى المذاهب ، وأن كانت الردة من الرجل فعند ابى حنيفة وابن يوسف وقعت الفرقة بغير طلاق - وهو الراجح بينما قال محمد فرقة بطلاق ، لهماأن الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة ، والنافى لا يحتمل التراخى فتبطل النكاح « الهداية وفتح القدير ٤٢٨/٣ - ٤٢٩ » ولو تاب المرتد فإنه يثبت عليه بعض الأحكام كحبوط العمل وبطلان الوقف وبينونة الزوجة فلا بد من عقد ومهر جديدين ، إن ثبتت التوبة وأرادوا أن يعودوا إلى بائنته ، لما كان ما تقدم فإنه يتعين القضاء بالتفريق بين المستأنف ضده الأول وزوجته المستأنف ضدها الثانية لردته وهى مسلمة والمحكمة تهيب المستأنف ضده أن يتوب إلى الله سبحانه وتعالى وأن يعود إلى دين الإسلام الذى جعله الله نوراً للناس وصراطاً مستقيماً يفوز به الإنسان سعادة الدنيا والأخرة بالشهادة والإيمان بما أوجب الله سبحانه الإيمان به والتبرؤ من كل الكتابات التى كتبها مما فيها من كفر وتكذيب لآيات الله تعالى ورد لأحكامه سبحانه وليكن فى آخر من سلكوا مسلكه ثم تابوا إلى سبحانه قدوة له فى ذلك .

وليسمع قول الحق تبارك وتعالى ﴿ قل يا عبادى الذين أصرفوا على أنفسهم لا تقنتوا من رحمة الله إن الله يغفر الذنوب جميعاً إنه هو الغفور الرحيم ، وأنيبوا إلى ربكم وأسلموا له قبل أن يأتيكم العذاب ثم لا تنصرون وإتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم من قبل أن يأتيكم العذاب بغتة وأنتم لا تشعرون ﴾ سورة الزمر الآيات ٥٣ - ٥٥ .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة حضورياً بقبول الاستئناف شكلاً وبالغاء الحكم المستأنف ورفض الدفوع المبداه من المستأنف ضدهما بعدم الاختصاص الولائى وبعدم إنعقاد الخصومة وبعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة ، وباختصاص المحكمة ولا ئياً بقبول الدعوى ، وفي الموضوع بالتفريق بين المستأنف ضده الأول والمستأنف ضدها الثانية وإلزامهما بالمصاريف عن الدرجتين عشرين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماه.

صدر هذا الحكم وتلى علناً بجلسة يوم الأربعاء الموافق السادس عشر من محرم لسنة ١٤١٦ هجرية الموافق ١٤ من يونيه سنة ١٩٩٥ ميلادية .

تقرير فى الطعن الانتخابى
رقم ١٥١ لسنة ٦١ق

المقدم من السيد الأستاذ/

محمد رزق سيد أحمد الجمال المحامى ٠

على صحة انتخابات مجلس الشعب التى أجريت يوم ٦/١٢/١٩٩٠ بالدائرة (١٦) بندر ميت غمر محافظة الدقهلية

حيث أن الوقائع - على ما يبين من الأوراق - تتحصل فى أن الطاعن تقدم بطلب إلى السيد الدكتور/ رئيس مجلس الشعب طعناً على الانتخابات التى أجريت يوم ٦/١٢/١٩٩٠ بالدائرة (١٦) بندر ميت غمر محافظة الدقهلية طلب فيه التقرير ببطلان الانتخابات التى أجريت بتلك الدائرة للأسباب التى أوردها فيه وأحيل الطعن إلى المحكمة لتحقيقه .

وحيث أن تحقيق هذا الطعن قد تم على النحو الثابت بمحاضر الجلسات فقد سئل الطاعن فرد ما أورده بصحيفة الطعن وتم مطالعة النماذج ٥٠ ش ، ٥١ ش المنوه عنها بها وقد تأشر عليها منا بالنظر على مواضع المخالفة فيها وأثبت ذلك بمحاضر جلسات التحقيق .

وحيث أن الطاعن تقدم بحافظة مستندات أشار فيها إلى عدم تخلف أى من الناخبين المقيدين بجداول الانتخابات ببعض القرى وقدم بحافظة مستنداته بياناً ببعض الغائبين عن البلاد أو المتوفين إلى رحمه الله فى تلك القرى وأضاف أنه لم يثبت حضور مندوبيه فى القرى التى يسيطر عليها المرشح المنافس وانه لم يتم حصر المتخلفين من الناخبين واتخاذ الاجراءات القانونية بشأنهم وإلى عدم وصول النموذج ٤٨ ش إلى المحكمة فقد أرسل بدلاً منه صورة خلت من أسماء رؤساء وأعضاء اللجان مما يتعذر معه اجراء المطابقة بين من شكلت منهم اللجان وبين الوارد اسماؤهم بالكشف الملحق بالقرار وقرر أنه وجد بين أعضاء تلك اللجان من يبصم (كشف ١٠٤) وأن أحد النماذج ٥٠ش تم التوقيع عليها بخط واحد ولم تراعى الاجراءات بشأن محضر لجنة الفرز والنموذج ٤٩ش وكذلك النموذج ٤٨ش ولعدم ادارج الشكاوى المقدمة إلى السيد القاضى رئيس اللجنة العامة به واثناء انعقادها وانه تم فتح الصناديق بواقع عشرين صندوقاً دفعة واحدة وأن بعض النجارين رأوا خلط البطاقات والأصوات وتقدم باقرار موثق منهم وأنه طلب إلى السيد القاضى رئيس اللجنة العامة إعادة الفرز بعد اخراجه مندوبى الفرز من القاعة ولأخطاء حسابية لكن بلا جدوى ولبطلان محاضر الانتخاب لعدم المطابقة بين النموذجين ٥٠ش ، ٥١ ش وبطلان كشف فرز الأصوات ومحضر اللجنة العامة وللأخطاء الحسابية سالفة البيان .

وحيث أن مما يدعيه الطاعن على عملية الانتخاب بطلان محاضر الانتخاب فى اللجان المبينة بمذكرته الختامية لعدم استيفائها الشكل القانونى ولعدم اكتمال التوقيعات أو مغايرتها وبطلان كشوف فرز الاصوات والنماذج ٥٠ش وبطلان محاضر فرز الصناديق .

وحيث أنه بتحقيق ما ينعاه الطاعن تبين أنه تم شطب بعض العلامات ومجموع الأصوات فى محاضر لجان الانتخاب رقم ١٤ وعدم اثبات أصوات الطاعن فى اللجنة رقم ٢٣ وشطب توقيعات الرئيس والأمين واثبات توقيع آخر فى اللجنة ٢٦ و٣٩ فى الشق الأول وعدم توقيع الأمين فى محضر اللجنة ٥٣ وتوقيع الرئيس والأمين والأعضاء بخط واحد بقلم واحد فى اللجنة ٥٧ وعدم إيضاح مقرر اللجنة رقم ٧٠ وشطب توقيع الأمين والرئيس باللجنة رقم ٧٤ وكذلك اللجنة رقم ٧٩ وعدم توقيع الأعضاء فى محضر اللجنة ٧٤ و٧٩ و٨٢ وعدم توقيع الأمين والرئيس على محضر اللجنة ١١٤ وشطب التوقيعات فى اللجنة ١٢٠ وعدم توقيع محضر اللجنة

١٢١ من الأمين ومغايرة التوقيع فى اللجنة ١٣٦ بين النموذجين ٥٠ش ، ٥١ش فى اللجنة ١٣٦ وعدم توقيع الرئيس والأمين والأعضاء فى إقفال محضر اللجنة ١٣٧ أما اللجان من ١٠٩ إلى ١٣٠ ثم اللجنة ١٣٤ فقد تم تسديدها بالكامل لصالح المرشح المنافس فى غيبة المندوبين واختلاف توقيعات الأعضاء والأمين والرئيس المدونة بالنموذج ٥١ش المطابقة للتوقيعات الواردة على النموذج ٥٠ش بالنسبة للجنة ١ وشطب العلامات فى اللجنة ١٤ مما يبطل الفرز ولم يثبت مجموع العلامات ببعض حقول اللجنة ٢٢ فى النموذج ٥٠ ش ولما كانت النماذج ٥٠ ش ، ٥١ ش سالفة البيان المبينة بمحاضر جلسات التحقيق والمؤشر عليها منا بالنظر لم تستوف أوضاعها وبياناتها القانونية فإنه يبين من ذلك أن عملية الانتخابات محل الطعن لم تتم وفقاً للشكل والاجراءات التى نص عليها القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بشأن تنظيم مباشرة الحقوق السياسية مما يشكل بطلاناً لتلك العملية ، ذلك أن نصوص هذا القانون وضعت فى نصوص آمره لضمان نزاهة الانتخابات وحيدة القائمين عليها فهى مقصودة لذاتها ويترتب البطلان حتماً على مخالفة أحكامه ومن ثم يتعين التقرير بصحة الطعن المقدم من الطاعن وببطلان عملية الانتخاب فى الدائرة محل الطعن .

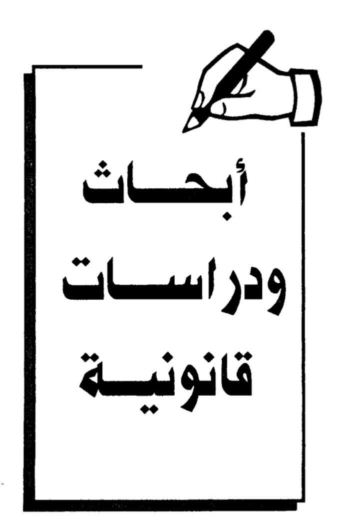
لذلك

يعرض التقرير على الدائرة الموقرة ونرى قبول الطعن وفى الموضوع ببطلان عملية انتخابات مجلس الشعب بالدائرة رقم ١٦ بندر ميت غمر محافظة الدقهلية التى أجريت بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٦ وارسال الأوراق إلى مجلس الشعب لاتخاذ اللازم .

وصف الامام على بن ابى طالب ....
قال معاوية لضرار الصدائى
صف لى عليا ؟

فقال :

كان والله بعيد المدي شديد القوي ، يقول فصلاً ، ويحكم عدلاً ، يتفجر العلم من جوانبه ، وتنطبق الحكمه من نواحيه ، وكان والله غزير العبرة ، طويل الفكرة ، يقلب كفه ، ويخاطب نفسه ، يعجبه من اللباس ما قصر ، ومن الطعام ما خشن ، كان فينا كأحدنا ، يجيبنا إذا سألناه ، وينبئنا إذا استنبأناه ، ونحن مع تقريبه أيانا وقربه منا لا نكاد نكلمه لهيبته ، ولا نبتدئه لعظمته ، يعظم أهل الدين ويحب المساكين ، لا يطمع القوى في باطله ، ولا ييأس الضعيف من عدله .


أبحاث
ودراسات
قانونية

تعليــــق

على حكم محكمة النقض

الدائرة المدنية والتجارية

والأحوال الشخصية

الصادر فى الطعن رقم ٢٠٨٤

لسنة ٥٥ق فى أغسطس ١٩٩٢

للسيد الدكتور

عادل حسن على السيد

تتحصل وقائع الطعن فى أن « المطعون ضدهم » أقاموا الدعوى رقم ١٩٣ لسنة ١٩٨٢ مدنى الجيزة الابتدائية على « الطاعنين » بطلب الحكم بتمكينهم من عين النزاع المبينة بصحيفتها وطرد الطاعنين منها وتسليمها لهم خالية وقالوا بياناً لدعواهم أنه بموجد عقد إيجار مؤرخ فى ١٩٦٦/١/١ ، استأجر مورثهم تلك « العين » من مورث الطاعنين بقصد استعمالها جراجاً لإيواء السيارات لقاء أجر شهرى قدره عشرون جنيها ، واستمرت حيازتهم خلفاً لمورثهم بعد وفاته بامتداد العقد اليهم ، إلا أنهم فوجئوا بتاريخ ١٩٨١/١/١ بقيام « الطاعنين » بطردهم منه واستيلائهم عليه مما ترتب عليه حرمانهم من الانتفاع به بالمخالفة للعقد ، ولنص المادة (٥٧١) من القانون المدنى ، وبذلك يحق لهم اقامة الدعوى بطلبهم سالف البيان ، وقدموا إيصال سداد أجرة عين النزاع بمبلغ ٥٠٤ جنيه عن المدة من ١٩٨٠/١/١ حتى ١٩٨١/١٢/٣١ منسوباً صدوره لمورث الطاعنين ، فادعى الطاعنون بتزويره استناداً إلى أنه اختلس وكان موقعاً عليه على بياض من مورثهم ، وقدمت جميع البيانات الواردة به دون أن تكون ممثلة للحقيقة وكان دليلهم على هذا التزوير أن الايجار المدعى أداؤه هو عن المدة من ١٩٨٠/١/١ حتى ١٩٨٠/١٢/٣١ ، بينما ورد فى الإيصال المطعون فيه أن المدة سنتان وأن بدايتهما فى ١٩٨٠/١/١ ونهايتهما فى ١٩٨١/١٢/٣١ ، وأن المبلغ المدعى أداؤه فى الإيصال الذى قدمت صورته للمحقق فى الشكوى رقم ٣٣٥٠ لسنة ١٩٨١ إدارى الدقى ، هو ٢٤٠ جنيهاً بينما الوارد فى الإيصال المطعون فيه هو مبلغ ٥٠٤ جنيهاً ، وأن الإيصال الذى أرفقت صورته بالشكوى الإدارية سالفة الذكر محرر بذات الخط الذى تحرر به الإيصال المطعون فيه مما يدل على أن يد الاصطناع واحدة ، وأن الإيصالات التى وقعها عنهم لتكون أداة للتحصيل قد استغلت استغلالاً غير مشروع

وبتاريخ ١٩٨٣/٣/٢٩ قضت المحكمة بعدم قبول الادعاء بالتزوير وبتمكين المطعون ضدهم من عين التداعى المبينة بصحيفة الدعوى وعقد الإيجار المؤرخ فى ١٩٦٦/١/١ واخلائها من الطاعنين وتسليمها خالية .

وجاء فى أسباب الحكم بالنسبة للدعوى الفرعية أن الأصل فى الأوراق الموقعة على بياض أن تغيير الحقيقة فيها ممن استولى عليها هو نوع من خيانة الأمانة يرجع فى اثباته إلى القواعد العامة ، ومن مقتضاها أنه لا يجوز اثبات عكس ما هو ثابت فى الورقة الموقعة على بياض ، إلا أن تكون هناك كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولا يخرج عن ذلك إلا حالة ما إذا كان من استولى على الورقة قد حصل عليها بطريق الغش أو بطرق احتيالية أو بأية طريقة أخرى غير التسليم الاختيارى ، فعندئذ يعتبر تغيير الحقيقة فيها تزويراً يجوز اثباته بكافة الطرق ، ومن ثم فإن ادعاءها باختلاس الإيصال المطعون عليه بالتزوير لا سند له ، وأن الطعن بالتزوير غير منتج ويتعين بالتالى القضاء بعدم قبوله مع القضاء فى موضوع الدعوى بحكم واحد استثناءً من المادة (٤٤) اثبات لكون الطعن بالتزوير غير منتج فى الدعوى .

وجاء بأسباب الحكم بالنسبة للدعوى الأصلية أن عقد الإيجار المذكور يتضمن استئجار مورث المدعين من مورث المدعى عليهما عين التداعى لاستعمالها جراجاً باجرة شهرية عشرين جنيها ، ولازال قائماً صحيحاً ونافذاً بين طرفى الدعوى ، ولم يتعرض له المدعى عليهما بالطعن بالتزوير ولم يجحداه سيما وقد طعنت الأولى على الإيصال المشار إليه دون العقد المذكور ، وبالتالى فإن دعوى المدعيتين بالتمكين من العين محله تكون قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون ، مما يتعين معه اجابتها إلى طلب التمكين والاخلاء والتسليم

استأنف الطاعنون فى الحكم الابتدائى بالاستئناف رقم رقم ٣٤١٧ لسنة ١٠٠ق القاهرة ، بطلب الحكم بالغاء الحكم المستأنف فيه والقضاء .

أولاً : برد وبطلان الإيصال المؤرخ فى ١٩٨٠/١/١ المطعون عليه بالتزوير واعتباره كأن لم يكن ولا أثر له .

وثانياً : برفض الدعوى الأصلية . وبتاريخ ١٩٨٥/٥/١٥ قضت محكمة استئناف القاهرة الدائرة (٢٧ إيجارات) برفض موضوع الاستئناف وبتأييد الحكم المستأنف .

وجاء فى أسباب حكمها ما سبق أن ذكرته محكمة الجيزة الابتدائية بالنسبة لرفض الادعاء بالتزوير فى الإيصال المشار اليه ، وكونه غير منتج فى الدعوى الأصلية ، إذ على فرض القضاء برده وبطلانه ، فإنه يبقى أن عقد الإيجار سند المدعين صحيحاً ، ويولد التزاماً قبلهم بضمان التعرض يمكن تنفيذه عيناً قبلهم بتمكين الخلف العام للمستأجر الأصلى من عين التداعى المؤجرة واخلائها من الخلف العام للمؤجر لها بمقتضاه وتسليمها إلى الأولين - خاصة وأن المتمسكون به (الطعون ضدهم) دفعوا بالقول بصوريته (من الطاعنين) بما نصت عليه المادة (٢٤٥) مدنى بأنه إذا استمر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى ، إلا أن أيا من الطرفين أو خلفه العام يريد أن يتمسك بالعقد المستتر فى مواجهة العقد الظاهر ، يجب عليه هو أن يثبت وجود العقد المستتر وفقاً للقواعد العامة فى الاثبات فلا يجوز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة . وحيث عجز الطاعنون عن اثبات صورية عقد الإيجار ، فإنه يتعين القول بالتالى بأنه عقد جدى .

بتاريخ ١٩٨٥/٧/٨ طعن الطاعنون على حكم محكمة الموضوع لسببين :

أولهما : أنه اخطأ فى فهم دفاعهم ، الأمر الذى ترتب عليه الخطأ فى تطبيق القانون من وجهين :

الأول : أنه غير صحيح ما استندت اليه محكمة الموضوع من أن تسليم الإيصال كان اختيارياً بالرغم من تمسكهم (الطاعنين) أن ذلك كان بطريق الاختلاس والغش من جانب المطعون عليهم ، وأنهم (الطاعنين) تمسكوا بحقهم فى اثبات ذلك بشهادة الشهود إلا أن محكمة الموضوع لم تستجب لهذا الطلب أو بالرد عليه .

والثانى : أن محكمة الموضوع فصلت فى الادعاء بالتزوير وفى موضوع الدعوى بحكم واحد ، وأن هذا الحكم يشكل فهماً غير صحيح لدفاعهم ، ذلك أن الحكم المطعون فيه قضى بصحة الإيصال المطعون فيه ، ناسياً صدوره إلى مورث الطاعنين ، وإذا كان يتبين من نص المادة (٤٤) من قانون الاثبات أنها نصت على « اذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق فى اثبات صحته أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حددت لنظره جلسة » .

وثانيهما : أن محكمة الموضوع أسست قضاءها على أن ثمة عقد ايجار يربط بين الطاعنين والمطعون ضدهم ، فى حين أن الورقة المقدمة من المطعون ضدهم ليست عقداً في مفهوم المادة (٨٩) من القانون المدنى ، إذ أن ارادة لم تتم بين طرفين على ابرام عقد ، بل هى ارادة واحدة هى ارادة مورثهم الذى قام بتحرير جميع بيانات الورقة بخطه على نحو واضح بالعين المجردة ، ومتى لم يكن هناك عقد ، فان محكمة الموضوع تكون قد أخطأت فى تطبيق أحكام الصورية ، إزاء تمسك المطعون ضدهم اثبات صورية عقد الإيجار بالكتابة .

بتاريخ ١٩٨٥/٨/١٥ أودع المطعون ضدهم مذكرة بالرد على ما نعاه الطاعنون على حكم محكمة الموضوع طلبوا فيها رفض الطعن تأسيساً على ما يأتى :

١ - بالنسبة للزعم القائل بأن محكمة الموضوع لم تتفهم دفاع الطاعنين حين قررت عدم قبول الادعاء بالتزوير لانتهائها إلى أن إيصال النزاع قد سلم إلى المطعون عليهم اختيارياً :

(أ) أن التقرير بأن ورقة ما قد سلمت اختياراً أو تم الحصول عليها خلسة أو بطريق الغش تقرير بأمر واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع ولا تخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض .

(ب) أن الأصل هو أن يكون تسليم الورقة اختيارياً وعلى من يدعى العكس عبء الاثبات بحيث إذا عجز عنه بقى الأصل على أصله .

(جـ) أن الطاعنين كانوا قد طلبوا من محكمة الموضوع إحالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات تزوير الايصال وليس لاثبات أن المطعون عليهم قد استولوا عليه خلسة .

٢ - بالنسبة للزعم الذى ساقه الطاعنون زعماً منهم بأن محكمة الموضوع أخطأت فى تطبيق القانون بعدم الرد على طلب الطاعنين باحالة الدعوى إلى التحقيق ومن ثم يكون قاصر التسبيب .

قرر المطعون ضدهم أن محكمة الموضوع ردت على طلب الطاعنين فى هذا الخصوص . حيث جاء بمدونات حكم محكمة الدرجة الأولى أن ادعاء الطاعنين باختلاس الإيصال المطعون فيه بالتزوير لا سند له من القانون .

٣ - وبالنسبة لما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه ، أنه أخطأ إذ قضى فى الإدعاء بالتزوير وفى موضوع النزاع بحكم واحد ، فمردود عليه بأن الطعن بتزوير الإيصال فى النزاع الماثل غير منتج لأكثر من سبب :

(أ) لما قررته محكمة الاستئناف فى حكمها موضوع الطعن الماثل حيث قالت : « وكان الادعاء بتزوير الإيصال المشار اليه غير منتج فى الدعوى الأصلية إذ على فرض القضاء برده وبطلانه فانه يبقى أن عقد الايجار سند المدعين صحيح ونافذ فى حق المدعى عليهم .

(ب) لما ذكره المطعون عليهم فى دفاعهم أمام محكمة الموضوع من أن مجال إثارة أمر ما إذا كان الايصال مزوراً أو غير مزور هو عندما يطالب المؤجر المستأجر بالوفاء بالأجرة فيقدم المستأجر مثل هذا الإيصال دليلاً على براءة ذمته . أما فى النزاع الماثل فان الأمر يختلف كلية فان المدعين (المطعون عليهم) يطلبون تنفيذ الالتزام الناشىء عن عقد ايجار قائم وصحيح . وهذا هو الذى انتهى إليه حكم محكمة الدرجة الأولى .

٤ - أما من حيث النعى على محكمة الموضوع بأنها قضت فى الإدعاء بالتزوير وفى موضوع الدعوى بحكم واحد ، فقد تولت محكمة الاستئناف فى حكمها موضوع الطعن الرد عليه رداً طبَّق القانون تطبيقاً سليماً حين قرر :

« وحيث أنه عن السبب الثالث فمردود بأن المادة (٤٤) من قانون الاثبات رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ قد نصت على أنه : « إذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق فى اثبات صحته أخذت فى نظر الدعوى فى الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة ، وذلك ليبدى الخصم ما لديه من أوجه دفاع أخرى ، وهذه القاعدة لا يعمل بها إذا قضُى بعدم قبول الإدعاء بالتزوير لكونه غير منتج فى النزاع لانتفاء الحكمة التى ترمى إلى الفصل بين الادعاء بالتزوير وبين الحكم الموضوعى ، ولا يكون هناك داع لأن يكون الحكم بعدم قبول الادعاء بالتزوير سابقاً على الحكم فى الموضوع .

وبالنسبة للسبب الثانى الذى نعى به الطاعنون على محكمة الموضوع من أنها أسست قضاءها على أن ثمة عقد إيجار يربط بين الطاعنين والمطعون ضدهم على حين أن الورقة التى قدمها المطعون عليهم ليست عقداً فى مفهوم المادة (٨٩) من القانون المدنى ، ومتى لم يكن هناك عقد ، فإن محكمة الموضوع تكون قد أخطأت فى تطبيق أحكام الصورية ، فالحقيقة أن قول الطاعنين هو قول أثير لأول مرة أمام محكمة النقض ولم يسبق إثارته أمام محكمة الموضوع بدرجتيها . ومن ثم فهو قول غير مقبول .

وأودعت النيابة مذكرتها فى الطعن وطلبت فيها رفضه لنفس الأسباب التى ساقها المطعون ضدهم فى مذكرة ردهم على الطعن . وأيدت رفضها للطعن بالعديد من أحكام النقض المدنى المستقرة التى تؤكد مطابقة حكم محكمة الموضوع وما استقر عليه العمل القضائى .

بتاريخ ١٩٩٢/٨/٣٠ أصدرت محكمة النقض - الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية - حكمها فى الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٥ق ، بنقض الحكم الصادر من محكمة الموضوع وأحالت القضية إلى محكمة استئناف القاهرة وألزمت المطعون ضدهم المصروفات وثلاثين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة .

وذهبت محكمة النقض إلى القول بأن الطاعنين قد رفعوا الدعوى بأنه ليس ثمة عقد إيجار أبرم بين مورثى الطرفين إذ لم تتلاق ارادتهما على ذلك ، واستدلوا على دفاعهم هذا بأن الورقة المدعى بها كعقد إيجار قد حرر مورثهم كافة بياناتها بخطه بما فى ذلك اسم مورث المطعون ضدهم تحت لفظ المستأجر ، مما مفاده أنه فعل ذلك بالاتفاق مع مورث المطعون ضدهم وحال بينه وبين التوقيع تحت لفظ المستأجر دليلاً على أنه لم يحدث ثمة تعاقد حقيقى بينهما على ايجار عين النزاع .

« واذا كان يجوز للخصوم اثبات الظروف والملابسات المادية التى أحاطت بالدليل الكتابى بالبينة والقرائن ، اذ لا يندرج ذلك تحت حظر اثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى بشهادة الشهود والقرائن على مقتضى المادتين ٦١ ، ١٠٠ من قانون الاثبات » .

« وتكون محصلة دفاع الطاعنين من ثم أن مورثهم حرر الورقة على هذا النحو بالاتفاق مع مورث المطعون ضدهم لتكون فى ذاتها دليلاً على صورية ما تضمنته من ايجار » .

وأسست محكمة النقض - الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية - نقضها للحكم المطعون فيه ، تأسيساً على أنه أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب ، كونه اجترأ فى الرد على دفاع الطاعنين ولم يتفهمه ، وهو دفاع يتحصل فى الآتى :-

١ - أنه ليس هناك ثمة عقد إيجار يربط بين مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم وأن الورقة المقدمة من المطعون ضدهم ليست عقداً فى مفهوم المادة (٨٩) من القانون المدنى .

٢ - وبوصف أن الورقة ليست عقداً ، فان محكمة الموضوع تكون قد أخطأت فى تطبيق أحكام الصورية .

وحكم النقض على الوجه المبين يثير أموراً ثلاثة :

أولها : انعقاد العقد بتوافق ارادتين منفصلتين .

وثانيهما : انعقاده عن طريق تعاقد الشخص مع نفسه

وثالثهما : أحكام الصورية . ونعرض لكل من هذه الأمور الثلاثة وأخيراً للخلاصة .

أولاً : انعقاد العقد بتوافق ارادتين منفصلتين

تنص المادة (٨٩) من القانون المدنى على أنه « يتم العقد لمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

وقيام من وجه إليه ايجاب بعقد معين طواعية واختياراً ، تنفيذ عمل يدخل فى آثار العقد يفيد قبول هذا الايجاب ، وبالتالى يعتبر تنفيذه للعقد قبولاً ، وتنشأ الرابطة العقدية بين الطرفين بمجرد أن يتم هذا التنفيذ .

(انظر الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - نبذة ١٤ ص ٢٢٥ ، الأستاذ الدكتور سليمان مرقص - الوافى - نظرية العقد - الجزء الثانى - نبذة ٩٢ ص ١٨٠ ، الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى - مصادر الالتزام - نبذة ٢٣ ص ٢٩) .

وينعقد العقد بالتراضى ، إذا كانت الظروف تدل على تلاقى ارادة الطرفين فإذا وضع شخص عينا تحت تصرف آخر للانتفاع بها وكانت الظروف تدل على أن مركز الطرفين مركز من يؤجر ومن يستأجر ، فإن عقد الإيجار ينعقد بتراضى ضمنى . وعلى ذلك فإذا تم التراضى انعقد الايجار دون حاجة إلى توافر أى ركن آخر . وكثيراً ما يحدث أن يعرض شخص على آخر أن يشترى منه شيئاً له يكون موجوداً فى حيازة الموجب له على سبيل العارية أو الايجارة أو الوديعة بثمن معين ، فيكتفى الموجب له بإرسال الثمن إلى الموجب أو يعمد هو إلى بيع ذلك الشىء إلى شخص ثالث ، فيعتبر مجرد ارساله الثمن الذى عينه الموجب أو تصرفه هو فى ذلك الشىء بالبيع إلى آخر قبولاً ضمنياً للايجاب الذى وجه إليه . وكذلك إذا أرسل شخص إلى آخر يقول له أنه يوكله فى عقد صفقة معينة ، فقام الآخر بعقد الصفقة بالنيابة عن الأول دون أن يرد عليه بقبول الوكالة ، اعتبر تنفيذه الوكالة قبولاً لها ونشأت بينهما الرابطة التى ينشئها عقد الوكالة ، ذلك أن قيام من وجه اليه ايجاب بعقد معين تنفيذ أى عمل يدخل فى آثار العقد يدل على قبول هذا الايجاب .

(انظر فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى - الجزء السادس - المجلد الأول - نبذة ٦٠ ص ٧٨ ، الأستاذ الدكتور سليمان مرقص - الوافى - نظرية العقد - الجزء الثانى - نبذة ٩٢ ص ١٩٨٠ ، ومؤلفه شرح أحكام عقد الايجار - نبذة ١٣ ص ٢١) .

ويعتبر القضاء المصرى أن التنفيذ الاختيارى للايجاب قبولاً ، يتم العقد به .

« ويجوز أن يستفاد الرضاء من القيام بعمل من أعمال التنفيذ لا سبيل معه إلى الشك فى انصراف نية العاقد الذى لم يوقع العقد إلى القبول » .

(محكمة الاستئناف المختلطة ٦ يونيه ١٩١٦ ، مشار إليه فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الثانى - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٧ - هامش رقم ٢) .

وطبقت محكمة النقض ذلك على دفع المشترى الثمن إلى البائع وتسليمه عقداً بالبيع موقعاً من البائع وحده ، ثم تمسك وارث المشترى بعد ذلك بهذا العقد رغم أنه لا يحمل توقيع مورثه ، فاعتبرت ذلك قبولاً من المشترى بعقد البيع يغنى عن توقيعه العقد . ويظهر ذلك جلياً من قولها (محكمة النقض ..... « وحيث أن الطاعنة تنعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والاخلال بحق الدفاع ، وتقول فى بيان ذلك أنها تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن العقد لا تتوافر فيه الأركان القانونية اذ أن مورث المطعون ضدها لم يوقع بوصفه مشترياً على عقد البيع ، وبذلك فان إيجاب البائع لم يصادفه قبول من المشترى بما ينتفى معه انعقاد العقد ... فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب » .

« وحيث أن هذا النعى فى شقه الأول مردود ، ذلك أنه يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بصحة عقد البيع تأسيساً على أنه قد توافرت له أركان انعقاده بعد أن تبين للمحكمة أن مورث المطعون ضدها قد أوفى بالتزامه بدفع الثمن كاملاً إلى الطاعنة وتسلم العقد الموقع عليه منها ، وأن المطعون ضدها - الوارثة

للمشترى - قد تمسكت بهذا العقد فى مواجهة البائعة وأقامت دعواها عليها بصحته ونفاذه مما مؤداه أن الحكم اعتبر ذلك قبولاً من المشترى للبيع يغنى عن توقيعه على العقد وهذا من الحكم لا خطأ ولا قصور » .

(نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٧٣ - مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة ٢٤ق - العدد ٣ - ص ١٢٩٣) .

وطبقت محكمة النقض هذا المعنى أيضا فى عقد النقل البحرى المبرم بين الشاحن - وهو فى الوقت نفسه مستأجر السفينة بعقد منصوص فيه على شرط التحكيم - وبين المرسل اليه البضاعة ، حيث اعتبرت أن قبول الأخير شحن البضاعة إليه على السفينة المؤجرة بالعقد المتضمن شرط التحكيم مشاركة منه فى تنفيذ عقد الايجار المذكور ، والتزاماً منه بما ورد فى هذا العقد من شرط التحكيم .

(نقض مدنى ٢ مارس ١٩٧٥ - مجموعة أحكام النقض المدنية - العدد ٣ - السنة ٢٦ - ص ٢٣٥) .

وقد جاء فى هذا الحكم « أنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل فى نطاق سلطته الموضوعية أن سند الشحن قد تضمن الاحالة على شرط التحكيم المنصوص عليه فى مشارطة الإيجار ، وكان مقتضى هذه الإحالة اعتبار أن شرط التحكيم من ضمن شروط سند الشحن ، فيلتزم به الطاعن - المرسلة إليه البضاعة المشحونة - باعتباره فى حكم الطرف الأصيل فيه ، وانتهى إلى إعمال آثر هذا الشرط وفق هذا النظر ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه » .

ولما كان عقد الايجار من عقود التراضى ، فلا يشترط لانعقاده شكل خاص . فقد يكون بالكتابة أو باللفظ أو بالاشارة ، صريحاً أو ضمنياً . وفى الايجار المكتوب لا يشترط فى الكتابة شكل خاص . وقد تكون عقداً مطبوعاً وممضى من المتعاقدين ، أو يحرر العقد بيد أحدهما أو بيد شخص ثالث . وقد تقتصر الكتابة على مجرد اقرار من أحد المتعاقدين مقترناً بقبول المتعاقد الآخر ، كما قد تكون بكتب متبادلة بين المتعاقدين .

(انظر الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى - الوسيط - الجزء السادس - المجلد الأول - نبذة ٦٠ ص ٧٨ ، ونبذة ٦١ ص ٧٨ ، ص ٧٩)

وبالتالى فلا يلزم لانعقاد العقد اثبات الايجاب والقبول فى محرر واحد ، ويجوز استخلاص ذلك من تسلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين .

وطبقت محكمة النقض ذلك فى قولها « ... وحيث أن هذا النعى فى غير محله - ذلك أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على ما قرره من أن المستفاد من تسلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين على النحو السالف بيانه ولم تنكر المستأنف ضدها (الطاعنة) ما قدمه المستأنف (المطعون عليه) منها أن العرض الذى عرضه (بولتن) مبيناً فيه جميع الشروط السابقة قد صادف قبولاً من المستأنف ضدها بالبرقية التى أرسلتها اليه فى ١٩٥٤/٢/٢٤ وأيدت فيها قبولها لجميع الشروط التى عرضها عليها وطلبت منه تعزيز الارتباط فوراً ، وقد أرسل (بولتن) هذا التعزيز فى نفس اليوم وبهذا تلاقت ارادتا الطرفين وانعقد العقد » .

وقولها « .... لما كان ذلك وكانت القاعدة أنه لا يلزم لانعقاد العقد اثبات الايجاب والقبول فى محرر واحد ، وكان الحكم قد اعتمد فى اثبات مشارطة ايجار السفينة على تسلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين والمقدمة من المطعون عليه ولم تنكرها الشركة الطاعنة ، وعلى ما استخلصه منها من أن العرض الذى بين فيه السمسار « بولتن » جميع شروط التأجير يصادف قبولاً من الشركة الطاعنة بالبرقية التى أرسلتها فى ١٩٥٤/٢/٢٤ وأيدت فيها قبولها لجميع الشروط التى عرضها عليها - لما كان ما تقدم ، فإن الحكم فى قضائه على أساس ثبوت مشارطة الايجار لا يكون قد خالف القانون » .

(نقض مدنى ١١ يناير ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة ١٧ - العدد ١ - ص ٧٤ - الفقرة الثانية ، ص ٧٥ الفقرة الأولى) .

وتنفيذ أحد العاقدين لاتفاق رغم وجود بعض مآخذ كان بوسعه أن يتمسك بها قبل التنفيذ يحول دون طلب القضاء بابطال هذا الاتفاق أو تعديل شروطه فيما بعد .

(محكمة الاستئناف المختلطة ٣٠ مارس ١٩٣٥ ، مشار اليه فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الثانى - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٧ - الهامش رقم ٢) .

وخير طريقة لتفسير العقد تستخلص من التنفيذ الذى ارتضاه العاقدان .

(محكمة الاستئناف المختلطة ١٦ مايو ١٩١٦ ، مشار إليه فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الثانى - الإلتزامات - مصادر الإلتزام - ص ٥٧ - الهامش رقم ٢) .

وإذا قام أحد العاقدين بتنفيذ ما عرضه عليه العاقد الآخر ، انعقد العقد ، ولا يجوز لأيهما بعد ذلك أن يستقل بتعديل شروط العقد بغير رضاء الطرف الآخر .

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الثانى - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٧ - هامش رقم ٢) .

وطبقت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المعنى فى قولها « .... بأنه من المناقض للعدالة وللمبادىء الأولية فى القانون أن يلزم العاقد الذى جرى فى خلال سنوات خمس على تنفيذ الالتزامات المقررة بمقتضى العقد ، بغير اعتراض من العائد الآخر ، بتحمل شروط عقد آخر نازع فى امكان تطبيقه عليه ، بعد هذه المدة الطويلة . فشركة المياه التى تعاقدت مع مشترك على توريد المياه له على أساس الربط الجراف ، لا يجوز لها أن تلزمه بدفع ثمن ما يستهلكه على أساس ما يحتسبه العداد ، ما لم تقم الدليل على أنها ألغت التعاقد على أساس الربط الجراف » .

(استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٧ ، مشار اليه فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الثانى - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٧ - هامش رقم ٢) .

ويؤكد على أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ما كانت تنص عليه المادة ١٤٣ ، من المشروع التمهيدى للقانون المدنى فى هذه المسألة بأنه : « إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول فان العقد يعتبر قد تم فى الزمان والمكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ . ويجب فى هذه الحالة المبادرة باخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ » .

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الثانى - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٦ - هامش رقم ١) .

ولكن هذا النص حذف فى المشروع النهائى ، حذفته لجنة المراجعة لأنه « من التفصيلات التى لا ضرورة لها » .

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الثانى - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٧) .

وكذلك جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى « ... ويراعى أن الاخطار ببدء التنفيذ ، ليس إلا إبلاغاً للقبول الضمنى الذى صدر منذ أن حدث البدء فى التنفيذ ، فهذا الحادث ، هو الذى يحدد الزمان والمكان اللذين يتم العقد فيهما دون حاجة إلى انتظار علم الموجب بذلك ، وقد استثنيت هذه الحالة كما استثنيت حالة السكوت من حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاماً فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول » .

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الثانى - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٦ ، ص ٥٧ الهامش) .

لما كان ذلك ، وكان الطاعنون قد أقروا بصحة توقيع مورثهم على عقد الايجار وكان مورث المطعون ضدهم قد قام بتنفيذ عقد الإيجار منذ تاريخ تحريره فى ١٩٦٦/١/١ ، وظل منتفعاً بين التداعى حتى وفاته ، دون اعتراض أو تحفظ من جانب مورث الطاعنين فان تنفيذ مورث المطعون ضدهم للعقد ، يعتبر قبولاً وتكون ارادة مورث الطاعنين قد تلاقت مع ارادة مورث المطعون ضدهم ، بمجرد قيام الأخير بتنفيذ العقد ، ويكون العقد انعقد صحيحاً ، متفقاً وصحيح القانون ، وما جرى عليه العمل القضائى ، منتجاً لكافة آثاره القانونية من تاريخ تنفيذ مورث المطعون ضدهم للعقد .

ثانيا : تعاقد الشخص مع نفسه :

تنص المادة ١٠٨ من القانون المدنى على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد هذا كله مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

ومقتضى النص السابق ، أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه انما يقوم على قرينة قانونية ، هى أن الشخص اذا أناب عنه غيره فى التعاقد فهو لا يقصد التوسع فى هذه الانابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض فى المصالح . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً الحدود النيابة . ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته . فلا يكون عمله نافذاً فى حق الأصيل إلا إذا أجازه .

(انظر فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - ص ٢٠٤ ، والأستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - نبذة ١٣٥ ، ص ١٢٦ ، الأستاذ الدكتور سليمان مرقص - الوافى - الجزء الثانى - نظرية العقد - ص ٢٤٨ ، الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - نبذة ١٢ ص ٥٠ ، الأستاذ الدكتور عبد الودود يحيى - النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٤٤ ص ٦٤ ، الأستاذ الدكتور جمال بدر - النيابة فى التصرفات القانونية - ص ٢٢٥ وما بعدها) .

والنيابة هنا ليست منجزة بل هى معلقة على شرط موقف هو أن يصدر اقرار من الموكل .

(راجع الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - ص ١٦٨ هامش رقم ٢) .

وواضح من الحكم الذى تضمنته المادة ١٠٨ المشار إليها ، أن تعاقد النائب مع نفسه هو تصرف صحيح جائز بشرط دخوله فى حدود النيابة . أما إذا خرج عن تلك الحدود فلا يقع التصرف باطلاً وإنما فقط لا يحتج به على الأصيل ، فإن أقره هذا الأخير سرى عليه .

وتعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقى ، يتوافق فيه الايجاب والقبول ، ولكن شخصاً واحداً هو الذى عبر عن كل من الايجاب والقبول طبقاً لمنطق نظرية النيابة .

(بلاينول وريبير واسمان مشار اليه فى نظرية العقد للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى - ص ٢٣٠ هامش رقم ١) .

والأصيل وهو يملك تخويل النائب سلطة معينة قبل اجراء التصرف يملك كذلك تخويله تلك المكنة بعد أن يكون قد تصرف . وعلى هذا الوجه يمكن أن يقال أن الاجازة ليست إلا إنابة لاحقة للتصرف ذات أثر رجعى ، ولذا فان شرط صحتها أن يكون المجيز عالماً بأن التصرف الذى أجازه خارج عن حدود الانابة وأن يكون قاصداً انصراف أثره إلى نفسه . ويستوى أن يكون المتصرف نائباً متجاوزاً حدود نيابته وأن يكون شخصاً لا صفة له أصلاً .

(راجع فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور جمال مرسى بدر مؤلفه النيابة فى التصرفات القانونية - طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها - ص ٢٣٧ ، ص ٢٣٨ ، والهامش رقم ١ ، ص ٢٣٨) .

والاجازة ما هى إلا تصديق على عقد موجود فعلاً بين النائب والأصيل وهى تصديق يسد الثغرة التى كانت ناشئة عن تجاوز حدود النيابة . فاذا صدق الموكل على ما فعله الوكيل خارجاً عن حدود الوكالة ترتب على ذلك نفاذ هذا التصرف فى مواجهته ، ويعتبر هذا التصديق بمثابة اجازة لتصرف الوكيل يترتب عليها سريان هذا التصرف فى مواجهة الموكل بأثر رجعى من وقت انعقاده .

ولما كانت الاجازة وهى تعبير عن ارادة الأصيل - مثلها مثل الانابة - فلم يشترط المشرع لنفاذ التصديق صدوره فى شكل معين ، فكما يمكن أن يكون صريحاً يمكن أن يستنتج ضمناً من تصرفات الموكل التى تكشف عن ارادته فى إجازة التصرف الذى عقده الوكيل باسمه كأن يسلم البضاعة التى باعها الوكيل ، أو يستلم

الثمن من المشترى أو يدفع مصاريف العقد ..... الخ . وقد يستنتج التصديق من مجرد سكوت الموكل . ولقاضى الموضوع مطلق السلطة فى تقدير ما اذا كان قد أراد التصديق على ما فعله الوكيل أو أنه لم يرد شيئاً من هذا القبيل .

(انظر فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور محمد على عرفه ، أهم العقود المدنية عقد الوكالة ص ٦٥) .

وغالباً ما تستنتج الاجازة ضمناً من ابتداء الأصيل فى تنفيذ العقد الذى أبرمه نائبه .

(راجع فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور جمال بدر موسى - مؤلفه النيابة فى التصرفات القانونية - ص ٢٣٩) .

ولما كانت الاجازة بطبيعتها عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد ، فإنه لا يلزم لنفاذها قبول الوكيل أو الغير . ولا يعترض على ذلك بأن الاجازة اللاحقة تعتبر بمثابة التوكيل السابق ، ولا ينعقد التوكيل إلا برضاء الوكيل ، لأنه يصح صدور الايجاب بالوكالة من الوكيل نفسه ، وهو ما يتحقق فى حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة .

(راجع فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور محمد على عرفه - أهم العقود المدنية - عقد الوكالة ، ص ٦٥ ، ص ٦٦) .

ورتبت محكمة النقض على إجازة الأصيل سريان العقد فى حقه ، حتى ولو كان أصل النيابة منتفياً وقت التعاقد ، يؤكد ذلك قولها « ... ذلك أنه إذا كان الثابت أن عقد البيع قد وقع عليه أحد المالكين الأربعة للعقار المبيع ، وأن باقى المالكين قد وجهوا إلى المشترى عن طريق وكيلهم - وهو محاميهم - الذى لم يجحدوا أمام محكمة الموضوع وكالته عنهم - خطابات مسجلة يقرون فيها التصرف الحاصل بعقد البيع الموقع عليه من أحدهم ويقبلون الالتزام به من المشترى ، تنفيذ هذا العقد بوفاء جزء من الثمن تمهيداً لاتخاذ الاجراءات اللازمة لشهره . فان محكمة الموضوع لا تكون قد أخطأت فى القانون ، إذا رتبت على ذلك قيام الرابطة العقدية بموجب عقد البيع المؤرخ فى ١٩٥٦/٤/٢٢ بين المشترى (المطعون ضده الأول) وبين الملاك الأربعة ، والتزام هؤلاء بالتزامات البائع المنصوص عليها فى هذا العقد ذلك أنه حتى لو صح ما يقوله الطاعنان من أن المرحوم على كامل لم تكن له صفة النيابة عن باقى البائعين وقت إبرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم فى حصصهم فى المبيع ، فانهم وقد أقروا البيع فان العقد يسرى فى حقهم عملاً بالمادة ٤٦٧ من القانون المدنى »

(نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة ١٨ - العدد الثالث - أكثر من ٢٥ سنة مضت ص ١٩٤٠ ، ص ١٩٤١) .

لما كان ذلك ، وكان الطاعنون قد أقروا بصحة توقيع مورثهم على عقد الايجار ، وكان مورث المطعون ضدهم قد قام بتنفيذ عقد الايجار منذ تاريخ تحريره فى ١٩٦٦/١/١ ، وظل منتفعاً بعين التداعى حتى وفاته ، دون اعتراض أو تحفظ من جانب مورث الطاعنين ، فان تنفيذ مورث المطعون ضدهم للعقد ، يكون قد قام مقام اجازته اللاحقة للعقد الذى أبرمه مورث الطاعنين مع نفسه . ومن ثم يقع عقد الايجار صحيحاً منتجاً لكافة آثاره القانونية بين المتعاقدين وخلفهما العام من تاريخ انعقاده فى ١٩٦٦/١/١ .

ثالثاً : أحكام الصورية

يثبت من خلال التحليل القانونى والقضائى والفقهى ، السابق ، وبما هو ثابت فى الواقع ، من أن الطاعنين قد أقروا بصحة توقيع مورثهم على عقد الايجار ، ومن أن مورث المطعون ضدهم قد قام بتنفيذ عقد الايجار منذ تاريخ تحريره فى ١٩٦٦/١/١ ، وأنه ظل منتفعاً بعين التداعى حتى وفاته ، دون اعتراض أو تحفظ من جانب مورث المطعون ضدهم للعقد ويعتبر تنفيذه للعقد قبولاً ، وتكون ارادة مورث الطاعنين قد تلاقت مع ارادة مورث المطعون ضدهم ، بمجرد قيام الأخير بتنفيذ العقد ، ويكون العقد قد انعقد صحيحاً ،

متفقاً وصحيح القانون ، وما جرى عليه العمل القضائي ، منتجاً لكافة آثاره القانونية منذ تاريخ تنفيذ مورث المطعون ضدهم للعقد ، ومنها انتفاع الخلف العام للمستأجر بعين التداعى واستمرار حيازتهم لها بعد وفاة مورثهم . وهذا ما أنتجه عقد الايجار - بالفعل - للخلف العام للمستأجر ، الذين ظلوا منتفعين بعين التداعى وظلت حيازتهم لها مستمرة دون اعتراض أو تحفظ من جانب المؤجر حتى وفاته ، وقيام خلفه العام فى ١٩٨١/١/١ بطردهم منها واستيلائهم عليها مما ترتب عليه حرمانهم من الانتفاع بها بالمخالفة للعقد ولنص المادة (٥٧١) من القانونى المدنى .

لذا ..... يكون من الغريب أن تؤسس محكمة النقض نقضها للحكم المطعون فيه ، على أنه أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب ، كونه اجترأ فى الرد على دفاع الطاعنين ولم يتفهمه ، وهو دفاع تقوم محصلته على أنه ليس هناك ثمة عقد ايجار يربط بين مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم ، وأن الورقة المقدمة من المطعون ضدهم ليست عقداً فى مفهوم المادة ٨٩ من القانون المدنى .

ومما يثير الدهشة والغرابة أن تستند محكمة النقض فى نقضها لحكم محكمة الموضوع ، بأنها لم تتفهم دفاع الطاعنين ، حيث استخلصت أنهم قصدوا أن العقد المبرم بين مورثهم ومورث المطعون ضدهم هو عقد صورى ، قصد به ستر عقد حقيقى ، ومن ثم لا يجوز اثباته إلا بالكتابة ازاء تمسك المتعاقد الآخر بذلك . فى نفس الوقت الذى استخلصت فيه (محكمة النقض) أن الطاعنين قصدوا من دفاعهم أن العقد صورى وقصد به ستر عقد حقيقى ، أى نفس ما استخلصته محكمة الموضوع من دفاع الطاعنين . يؤكد ذلك قولها (محكمة النقض) فى الحكم :

« .... مما مفاده أنه (مورث الطاعنين) فعل ذلك بالاتفاق مع مورث المطعون ضدهم .... » .

« .... ويكون محصلة دفاع الطاعنين من ثم أن مورثهم حرر الورقة على هذا النحو بالاتفاق مع مورث المطعون ضدهم لتكون فى ذاتها دليلاً على صورية ما تضمنته من ايجار .... » .

ومفاد ما صرحت به محكمة النقض ، أن دفاع الطاعنين يرتكز على وجود اتفاق (عقد) بين مورثهم ومورث المطعون ضدهم .

وبالتالى فانه يظهر - وبوضوح - التناقض الصارخ فى حكم محكمة الموضوع لأنه اجترأ فى الرد على دفاع الطاعنين الذى تقوم محصلته على أنه ليس هناك ثمة عقد ايجار يربط بين مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم ، وطوراً تؤكد على وجود عقد إيجار وقيامه نافذاً بينهما . وأنهما (مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم) قصداً بهذا العقد اضفاء المظهر الكاذب لتصرفهما القانونى الظاهر ، وهو عقد الايجار ، الذى يقوم في حقيقته على مجرد الوهم والخيال لعدم توافر نية الايجار لعاقديه وليكون فى ذاته دليلاً على صورية ما تضمنه من ايجار عين التداعى لمورث المطعون ضدهم .

وليس هناك أدنى تردد فى أن ما استخلصته محكمة النقض هو تطبيق قانونى صادق وصريح لأحكام الصورية المطلقة ، التى تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر ، بل تقتصر تلك الورقة على تقرير أن العقد الظاهر انما هو عقد صورى لا وجود له .

(انظر فى معنى الصورية المطلقة الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - الجزء الثانى - نبذة ٦١٠ ص ١٠٧٤ ، الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب - نظرية الالتزام - الاثبات وأحكام الالتزام - نبذة ٢٧٢ ص ٢٦٨) .

نخلص مما سبق إلى تطابق ما استنتجته واستخلصته كل من محكمتى الموضوع والنقض من محصلة دفاع الطاعنين ، الأمر الذى يثير الدهشة والغرابة من نقض محكمة النقض للحكم الذى أصدرته محكمة الموضوع تأسيساً على ما استنتجته هى (محكمة النقض) من دفاع الطاعنين ، وفى ذات الوقت يكون تطابق ما استخلصته كل من المحكمتين دليلاً على ما قصده دفاع الطاعنين من صورية العقد ، وأنه قصد به ستر عقد حقيقى .

ويؤكد على أن محكمة الموضوع لم تجترأ فى الرد على دفاع الطاعنين ، وأنها تفهمته - تماماً - حين ذهبت إلى أنهم قصدوا منه أن العقد صورى ، وقصد به ستر عقد حقيقى ومن ثم لا يجوز لهم اثباته إلا بالكتابة ازاء تمسك المتعاقد الآخر بذلك . ما جاء بمذكرة دفاعهم أمام محكمة الدرجة الأولى أثناء حجز الدعوى للحكم ما نصه : « بقيت كلمة فى شأن عقد الايجار الذى يتذرع المدعون به ، فقد أوضحنا فى مذكرة شواهد التزوير أن هذا العقد تحررت جميع بياناته وتوقيعاته بخط المرحوم فوزى ميخائيل حنا مورث المدعى عليهم وهو الذى وقع تحت كلمة المؤجر كما وقع تحت كلمة المستأجر وكان الهدف من تحرير هذا العقد استعارة اسم مورث المدعين ليظهر صاحب هذا الاسم وكأنه هو المستغل للجراج واستهدف مورث المدعى عليهم من ذلك أن يوزع الأنشطة ولا يركزها فى شخصه وحتى لا يضخم الأرباح الخاضعة للضريبة .

وتحقيقاً لهذا الهدف كان لابد أن تكون رخصة الجراج بالاسم المستعار واذ لقى مورث المدعى عليهم وجه ربه استمر ورثته فى مزاولة النشاط وهو ادارة الجراج ولم يدر بخلدهم أن المدعين سيشهرون فى وجههم عقد الايجار الصورى ، كما أنهم لم يتصوروا أن الأمر يصل بهم إلى حد تزوير ايصال للايهام بأنهم سددوا أجرة حتي ١٩٨١/١٢/٣١ أى بعد وفاة مورثهم توصلا للزعم بأن ادارة الجراج واستغلاله كانت لهم . ولكن شاءت ارادة الله أن يظهر الحق ويزهق الباطل بما هو ثابت فى الشكوى رقم ٨١/٣٣٥٠ ادارى الدقى التى تطالب بضمها » .

كما قال الطاعنون فى صحيفة الاستئناف (وهى التى رددوا مضمونها فى مذكرتهم الختامية) ما يلى : « وأن الطالبة سجلت فى دفاعها أن المرحوم يواقيم فلتس عبد المسيح لم يكن مستأجراً حقيقياً فى يوم من الأيام للجراج وأن اسمه كان مستعاراً فقط » .

« أقامت محكمة أول درجة قضاءها على سند من القول بأن عقد الايجار المؤرخ فى ١٩٦٦/١/١ مازال قائماً وصحيحاً ونافذاً ... وهذا النظر فى غير محله ويكشف عن قصور فى التسبيب وخطأ فيه ذلك لأن دفاع الطالبة قام واستقر على أن ذلك العقد الصورى ولم ير التنفيذ فى يوم من الأيام فهو قد تحرر صلباً وتوقيعاً بمعرفة المرحوم فوزى ميخائيل حنا ، ولم يلزم المرحوم يواقيم فلتس عبد المسيح بأى التزام فيه وليس له توقيع عليه ، أما الرخصة التى رؤى ضرورة استخراجها تثبيتاً لاجراءات الصورية دون أن تمثل حقيقة » .

وبفرض أن دفاع الطاعنين لم يقصد صورية عقد الايجار ، فان تصريح محكمة الموضوع باقتناعها بصورية عقد بناء على الأدلة التي أوردتها - يكفى لبيان أنها رجحت فى التقدير أدلة الصورية على الأدلة الأخرى ، وفى هذا معنى اقتراح هذه الأدلة الأخرى وعدم الثقة بها بلا حاجة إلى بيان خاص ، واذن فلا يسوغ النعى على الحكم بالقصور .

(طعن رقم ٢٠٦ جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٩ - مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة الأولى - الجزء الأول - ص ٢٢٣) .

أضف إلى ما سبق أنه اذا كان الحكم قد استعرض أدلة الدعوى واستنتج منها استنتاجاً سليماً أن العقد

الذى يتمسك به المدعى صورى فلا شأن لمحكمة النقض به لتعلق ذلك بفهم الواقع فى الدعوى .

(طعن رقم ٩٤ جلسة ١٩٣٩/٥/٢١ مشار اليه فى الشفعة والصورية وفقاً لقضاء النقض للمستشار معوض عبد التواب - ص ٢٣١) .

زد على ذلك أن لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير قيمة ما يقدم لها من أدلة ، ولا تثريب عليها فى الأخذ بأى دليل تكون قد اقتنعت به ما دام هذا الدليل من طرق الاثبات القانونية وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكف لحمله ، وأن تقدير أدلة الصورية هو مما تستقل به لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى .

(الطعن رقم ٣٧٧ جلسة ١٩٨٤/٣/٥ لسنة ٥٠ق غير منشور - ومشار اليه فى الشفعة والصورية وفقاً لقضاء النقض للمستشار معوض عبد التواب ص ٢٥٥) .

(الطعن رقم ١٤٢٣ جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨ لسنة ٥٤ق - غير منشور - ومشار اليه فى الشفعة والصورية ، المرجع السابق ص ٢٨٥) .

(الطعن رقم ١٢٥٢ جلسة ١٢٥٢ جلسة ١٩٨٦/١/١٥ ١٩٨٦/١/١٥ لسنة ٥٢ق - غير منشور - ومشار اليه فى الشفعة والصورية ، المرجع السابق ص ٢٨٣) .

(الطعن رقم ١٨١٠ جلسة ١٩٨٦/١/٢٩ لسنة ٥٢ق - غير منشور - ومشار اليه فى الشفعة والصورية ، المرجع السابق ٢٨٣) .

(نقض مدنى جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣ - مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة ٢٧ - الجزء الأول - صفحة رقم ٧٢٨) .

(نقض مدنى جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ - مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة ٣٢ - الجزء الأول - ص ٢٢٥٦) .

بالاضافة إلي كل ما سبق ولئن كان استخلاص الصورية من أدلتها هو مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى ومن حقه وهو فى مقام الموازنة بين أدلة الاثبات وأدلة النفى أن يأخذ ببعضها ويطرح البعض الآخر .

(طعن رقم ٥٩٩ جلسة ١٩٨٥/١٢/١٧ لسنة ٥١ق - غير منشور - ومشار اليه فى الشفعة والصورية ، المرجع السابق ص ٢٨٨) .

وفى حكم محكمة النقض خروج واضح على القواعد العامة فى الاثبات فى المسائل المدنية ، وعلى ما استقر عليه العمل القضائى المدنى ، يؤكد ذلك قولها :-

« .. وإذا كان يجوز للخصوم اثبات الظروف والملابسات المادية التى أحاطت بالدليل الكتابى بالبينة والقرائن ، اذ لا يندرج ذلك تحت حظر اثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى بشهادة الشهود والقرائن على مقتضى المادتين ٦١ ، ١٠٠ من قانون الاثبات » .

ذلك أن الصورية لا ترد إلا على تصرف قانونى ، كونها نتيجة اتفاق ، ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً (عقد) ، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون فى التصرف القانونى الصادر من جانب واحد بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين .

(انظر فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - الجزء الثانى - ص ١٠٧٩ ، ص ١١٠٨) .

والصورية بالنسبة للغير ليست تصرفاً قانونياً ، مما يتعين معه اثباته بالدليل الكتابى ، بل هى واقعة مادية مما يجوز اثباته بكل الطرق بما فيها البينة والقرائن . اذ ليس بامكان الغير أخذ كتابته بها فضلاً عن أن ورقة العقد تكون عادة سرية بين المتعاقدين .

(أحمد نشأت بك - رسالة الاثبات - نبذة ٢٢٢ ، ص ١٣٥) .

والوارث خلف عام لمورثه لا يستطيع أن يسلك فى الاثبات سبيل ما كان لمورثه أن يسلكه ولا يغير من هذا أن يكون التصرف المنجز الصادر من المورث شأنه أن يقلل نصيب الوارث بحق التركة ، اذ أن الاقلال لا يعتبر اضراراً بحق الوارث فى التركة بحيث يصبح معه الوارث من الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث ، فحق الوارث فى التركة لا ينشأ إلا بوفاة مورثه .

(طعن رقم ١٦٤ جلسة ١٩٤٩/٣/٢٤ لسنة ١٧ق مجموعة أحكام النقض المدنية - الجزء الأول ص ١٤٢١) .

واثبات صورية التصرف فيما بين المتعاقدين ومورثهم لا يكون إلا طبقاً للقواعد العامة ، فلا يجوز لهم اثبات صورية العقد الثابت بالكتابة بغير الكتابة .

(طعن رقم ٤٤٣ جلسة ١٩٧٢/١/١٦ لسنة ٣٦ق - مجموعة أحكام النقض المدنية - الجزء الأول - ص ٢٢٤) .

ومتى ثبت صدور الورقة العرفية مما نسب إليه التوقيع عليها فإنها تكون حجة على طرفيها بكافة بياناتها إلى أن يثبت العكس وفقاً للقواعد العامة فى اثبات ما اشتمل عليه دليل كتابى . وأنه ان ادعى أحد طرفى المحرر أن أحد البيانات المدونة به غير مطابقة للواقع كان عليه بحكم الأصل أن يثبت هذه الصورية بطريق الكتابة .

(طعن رقم ٤٨٧ جلسة ١٩٨٠/٣/١ لسنة ٤٩ق - مجموعة أحكام النقض المدنية - الجزء الأول - ص ٦٧٧) .

ولا يجوز اثبات صورية عقد الايجار الثابت كتابة فيما بين المتعاقدين بالقرائن .

(طعن رقم ٦ جلسة ١٩٤٢/٦/١٨ لسنة ١٢ق - مشار اليه فى الشفعة والصورية وفقاً لقضاء النقض للمستشار معوض عبد التواب ص ٣٢٠) .

وطبقاً لنص المادة ٢٤٥ من القانون المدنى . اذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى والعبرة بينهما بهذا العقد وحده ، وإذا أراد أى من الطرفين أن يتمسك بالعقد المستتر فى مواجهة العقد الظاهر أو ينفى الثابت بهذا العقد ، يجب عليه أن يثبت وجود العقد المستتر ، أو ينفى الثابت بالعقد الظاهر ، وفقاً للقواعد العامة فى الاثبات فى المواد المدنية ، التى لا تجيز الاثبات بشهادة الشهود إذا تجاوزت قيمة العقد عن عشرين جنيها وفيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ولو لم تزد القيمة علي عشرين جنيها ما لم يكن هناك احتيال على القانون ، فيجوز فى هذه الحالة ، لمن كان الاحتيال موجهاً ضد مصلحته ، أن يثبت العقد المستتر أو ينفى الثابت بكافة طرق الاثبات .

ومن المقرر وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٦١ من قانون الاثبات أنه متى كان العقد الظاهر المطعون عليه بالصورية مكتوباً ، فإنه لا يجوز لأى من عاقديه أو خلفهما العام أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة .

لما كان ذلك ، وحيث استخلصت محكمة الموضوع استخلاصاً سائغاً بما لها من سلطة فهم الواقع وتقدير أدلة الدعوى ، أن دفاع الطاعنين قصد به صورية عقد الايجار وأنه قصد به ستر عقد حقيقى . وكان عقد الايجار المبرم بين مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم ثابتاً بالكتابة .

فإن عقد الايجار يكون هو العقد النافذ بين الخلف العام لعاقديه ، ولا يجوز للطاعنين اثبات صوريته إلا بالكتابة ، شأنهم فى ذلك شأن عاقديه ، وكونهم ليسوا من الغير ، وليس هناك غش أو احتيال على القانون .

الخاتمة

نخلص من خلال تحليلنا لحكم محكمة النقض - الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية - فى الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٥ق فى ٣٠ أغسطس ١٩٩٢ إلى ما يلى :

١ - أن حكم محكمة النقض لم يخالف صحيح القانون ، حين ذهب إلى أن الحكم المطعون فيه أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب ، كونه اجترأ فى الرد على دفاع الطاعنين ، الذى تقوم محصلته على أنه ليس هناك عقد ايجار يربط بين مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم ، وأن الورقة المقدمة من المطعون ضدهم ليست عقداً فى مفهوم المادة (٨٩) من القانون المدنى .

ذلك أن الثابت فى الواقع أن الطاعنين قد أقروا بصحة توقيع مورثهم على عقد الايجار ، وأن مورث المطعون ضدهم قد قام بتنفيذ عقد الايجار منذ تاريخ

تحريره فى ١٩٦٦/١/١ ، وظل منتفعاً بعين التداعى حتى وفاته ، دون اعتراض أو تحفظ من جانب مورث الطاعنين .

ولما كان من وجه اليه ايجاب بعقد معين تنفيذ عمل يدخل فى آثار هذا العقد طواعيه واختياراً يفيد قبول هذا الايجاب ، وبالتالى يعتبر تنفيذه قبولاً ، وتنشأ الرابطة العقدية بين الطرفين فى مفهوم المادة (٨٩) من القانون المدنى ، وما جرى عليه العمل القضائى ، وما جاء بالمشروع التمهيدى للقانون المدنى ، ومذكرته الايضاحية .

وكذلك لما كان تعاقد الشخص مع نفسه يقع صحيحاً اذا أجازه الأصيل ، اذ تكون الاجازة اللاحقة كالأذن السابق ، فى مفهوم المادة (١٠٨) من القانون المدنى ، وأنه كان يمكن استنتاج الاجازة من تصرفات الأصيل التى تكشف عن ارادته فى اجازة التصرف الذى عقده النائب باسمه ، وكان الغالب أن تستنتج الاجازة ضمناً من ابتداء الأصيل فى تنفيذ العقد الذى أبرمه نائبه .

لكل ما سبق يكون العقد المبرم بين مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم قد انعقد صحيحاً ، متفقاً وصحيح القانون ، فى مفهوم أى من المادتين (٨٩ أو ١٠٨) ، وما جرى عليه العمل القضائى ، منتجاً لكافة آثاره القانونية منذ تاريخ تنفيذ مورث المطعون ضدهم للعقد .

هذا وان كان الأصل فى انعقاد العقد هو انعقاده بتطابق ارادتين منفصلتين طبقاً لنص المادة (٨٩) من القانون المدنى ، والاستثناء هو انعقاده عن طريق تعاقد الشخص مع نفسه طبقاً لنص المادة (١٠٨) من القانون ذاته .

فاننا نرى أنه يمكن دفع قول الطاعنين بأنه ليس هناك عقد ايجار بين مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم ، بأن هناك عقد ايجار صحيحاً تلاقت فيه ارادتا مورثهم ومورث المطعون ضدهم وفقاً لنص المادة (٨٩) من القانون المدنى .

٢ - أن حكم محكمة النقض لم يصب حين ذهب إلى أن محكمة الموضوع لم تتفهم دفاع الطاعنين ، ومن ثم أخطأت في تطبيق أحكام الصورية ، حين ذهبت (محكمة الموضوع) إلى أن الطاعنين قصدوا من دفاعهم أن العقد المبرم بين مورثهم ومورث المطعون ضدهم هو عقد صورى قصد به ستر عقد حقيقى .

والحق هو أن محكمة الموضوع تفهمت تماماً دفاع الطاعنين ، ويؤكد على أنهم قصدوا من دفاعهم أن عقد الايجار المبرم بين مورثهم ومورث المطعون ضدهم هو عقد صورى قصد به ستر عقد حقيقى ، ما جاء بمذكرتهم أمام محكمة الدرجة الأولى ، وما ورد بصحيفة استئنافهم ، وما قرروه فى مذكرتهم الختامية ، وذلك على التفصيل السابق ايضاحه .

زد على ذلك ، أن لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع فى الدعوى ، وتقدير ما يقدم لها من أدلة ، ولا تثريب عليها فى الأخذ بأى دليل تكون قد اقتنعت به ، كما أن تقدير أدلة الصورية هو مما تستقل به محكمة الموضوع ، وتكون لها اطراح الأدلة الأخرى وعدم الثقة بها ، بلا حاجة إلى بيان خاص .

٣ - خالف حكم محكمة النقض القواعد العامة فى الاثبات فى المسائل المدنية وما استقر عليه العمل القضائى المدنى حين ذهب إلى القول :-

« وإذا كان يجوز للخصوم اثبات الظروف والملابسات التى أحاطت بالدليل الكتابى بالبينة والقرائن » .

ذلك أنه متى استخلصت محكمة الموضوع أن دفاع الطاعنين قصد به ستر عقد حقيقى ، وكان عقد الايجار ثابتاً بالكتابة ، فإنه لا يجوز للطاعنين وفقاً لنص المادة

(٦١) من قانون الاثبات ، اثبات صورية عقد الايجار إلا بالكتابة ، كونهم الخلف العام لمورثهم ، ومن ثم يكون شأنهم فى الاثبات شأن مورثهم ، وكونهم ليسوا من الغير ، وليس هناك غش أو احتيال على القانون .

والصدق أن محكمة الموضوع طبقت القانون تطبيقاً صحيحاً ، وأخذت بما استقر عليه العمل القضائى ، حين ذهبت إلى القول :-

« .. والحال أن عقد الايجار سند الدعوى ثابت بالكتابة ، وقد دفع المتمسكون به على القول بصوريته بأنه لا يجوز اثبات صوريته إلا بالكتابة على النحو السالف البيان ولم تقدم المستأنفة مبدية الدفع بالصورية دليلاً كتابياً على صوريته ومن ثم يتعين القول بأنها عجزت عن اثبات صوريته ويتعين بالتالى القول بأنه عقد جدى » .

٤ - فى حكم محكمة النقض تعارض واضح وتناقض صارخ ، اذ تارة ينقض حكم النقض الحكم المطعون فيه ، لأنه اجترأ فى الرد على دفاع الطاعنين ، الذى قصد به أنه ليس هناك ثمة عقد إيجار يربط بين مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم ، وطوراً يؤكد (حكم النقض) على وجود عقد الإيجار بين مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم ، وأنهما قصداً به اضفاء المظهر الكاذب لتصرفهما القانونى الظاهر وهو عقد الايجار . وذلك على التفصيل السابق ايضاحه .

نخلص مما سبق إلى أن حكم محكمة النقض لم يخالف صحيح القانون ، حين ذهب إلى أنه ليس هناك ثمة عقد إيجار يربط بين مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم ، ذلك أن تنفيذ مورث المطعون ضدهم للعقد يعتبر قبولاً فى مفهوم المادة (٨٩) من القانون المدنى وعلى ماجرى عليه العمل القضائى . ولم يصب حكم النقض حين ذهب إلى أن محكمة الموضوع لم تتفهم دفاع الطاعنين ومن ثم أخطأت فى تطبيق أحكام الصورية ، ذلك أن سلطة تحصيل فهم الواقع فى الدعوى هو مما تستقل به محكمة الموضوع ، زد على ما ورد بمذكرة دفاع الطاعنين وصحيفة استئنافهم ومذكرتهم الختامية من أنهم قصدوا بأن عقد الايجار هو عقد صورى قصد به ستر عقد حقيقى . وخالف حكم النقض القواعد العامة في الاثبات حين ذهب إلى أنه يجوز للخصوم اثبات الظروف والملابسات التى أحاطت بالدليل الكتابى بالبينة والقرائن ، وذلك بالمخالفة للمادتين (٦١ ، ١٠٠) من قانون الاثبات . وفى حكم النقض تعارض واضح اذ تارة ينقض حكم محكمة الموضوع لأنه لم يتفهم دفاع الطاعنين ، حيث ذهبت محكمة الموضوع إلى أنه قصد به أن عقد الايجار هو عقد صورى قصد به ستر عقد حقيقى ، فى حين أن محصلة دفاع الطاعنين يقوم على أنه ليس هناك ثمة عقد ايجار يربط بين مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم ، وطورا يؤكد على وجود عقد الايجار بينهما (مورثى الطاعنين والمطعون ضدهم) ، وأنهما قصداً به اضفاء المظهر الكاذب لتصرفهما القانونى الظاهر وهو عقد الايجار .

ولا شك أن عدم مخالفة حكم النقض للقانون ، ومجافاته لما استقر عليه العمل القضائى ، ومخالفته للقواعد العامة فى الاثبات فى المسائل المدنية ، وتناقض حيثياته ، جعله حكماً معيباً ، مغايراً للمفاهيم القانونية والقضائية المستقرة ، فصدر لا يؤيده قانون ، خلوا من أى سند فى الواقع يؤيده أو يدعمه ، متجاهلاً الثابت بالأوراق والمستندات ، مما جعله جديراً بالتعليق .

مشكلة

جنسية أبناء الأم المصرية

المطلقة من أجنبى

للسيد الدكتور

حسام الدين فتحى ناصف

مدرس القانون الدولى الخاص

حقوق عين شمس

وضع المشكلة :

مشكلة اجتماعية دافعها اقتصادى رتبها الطلاق :

فى منتصف السبعينات زادت نسبة الزيجات بين الوطنيات والأجانب وبالأخص المنتمين إلى الدول العربية الأخرى ، وكانت هذه الزيجات تحركها دوافع إقتصادية بالدرجة الأولى نبعت من رغبة المرأة المصرية فى توفير مستقبل آمن لأبنائها وهو أمر لا يحققه إلا الاقتران بأجنبى موسر ، أيا كان عمره ، بحكم الخداع الذى سرعان ما ينجلى فتتفجر المأساة .

ولأن هدف هذه الزيجة اقتصادى ومن المؤكد أن الزوج يعلم هذا الهدف لكنه يرتضيه بصفة مؤقتة ليشبع رغبة ثرى فى التمتع بأمواله فيبدو كمن يشترى لنفسه سلعة غالية ولا يتركها إلا وقد استحالت إلى قمامة ولا نبالغ فى ذلك فالمنطق يقضى بانهيار العلاقة الاجتماعية التى تتأسس على المقدرة الاقتصادية لأحد أطرافها إنهياراً سريعاً ، وهو ما ينطبق على رابطة الزواج وهى أقوى العلاقات الاجتماعية إذ حكمها منطق البيع والشراء ووهنت فيها معانى الود والتفاهم والمشاركة .

وتقدم المرأة على هذه الزيجة وهى تعلم أن أبناءها سيتمتعون بجنسية الأب الأجنبية ، وأكثر من ذلك أنها قد تتنازل عن جنسيتها المصرية إذا أرادت إكتساب جنسية الزوج الأجنبى إذا كان قانونه لا يسمح بازدواج الجنسية ، وهى تفعل كل ذلك وتتناسى المأساة الخطيرة التى ستقع على رأسها وحدها إذا طلقت دون إنجاب ، أو على رؤوس أبنائها كذلك إذا طلقت بعد الإنجاب والتى تتمثل فى صيرورتهم عديمى الجنسية .

هكذا تؤدى محاولة المرأة المصرية لحل مشكلة إقتصادية تتمثل فى عدم المقدرة على المشاركة فى تحمل أعباء زواج ناجح فى وطنها ومع أحد أبنائه إلى خلق مشكلة اجتماعية خطيرة تتعلق بجنسية أبنائها الذين يعيشون فى الإقليم المصرى كالغرباء بعد طلاق الأب للأم رغم أنهم لا يرتبطون بموطن آخر ولا يندمجون فى مجتمع آخر وهذا ما يدفع السلطة المختصة إلى معاملتهم كالأجانب فيما يتعلق باقامتهم فى مصر أو عملهم فيها أو تعليمهم فى مدارسها أو جامعتها أو فيما يتعلق بأمكانية ابعادهم عن مصر باعتبارهم أجانب حيث لا تكفى جنسية أمهم فقط لمنحهم الصفة الوطنية .

والحق أن طلاق المصرية من زوجها الأجنبى هو الذى يفجر هذه المشكلة ويدلل على ذلك بعض النماذج الواقعية التى تعانى من هذه المشكلة .[1]

١- تقول السيدة جلبهان احمد المصرية « تزوجت من لبنانى يدعى يحى مصطفى سويدان فى عام ١٩٧٠ وقد كنا نعمل فى أحد الفنادق هناك ونظراً للخلافات الشديدة بيننا تم الطلاق ، وأثمرت سنوات زواجى إبناً فى الثالثة عشرة لا استطيع الحصول له على الجنسية اللبنانية لان السفارة اللبنانية ترفض منحه إياها رغم أن الزواج موثق رسمياً ولا يمكن أن أحصل له على الجنسية المصرية فى نفس الوقت تبعاً للقانون المصرى ، هذا بالإضافة إلى أننى لا أعرف لوالده مكاناً بعد الحرب التى أتت على الأخضر واليابس فى لبنان .

٢- وتقول السيدة المصرية مها لبيب « شاء قدرى أن يوقعنى فى الزواج من شاب لبنانى ، وكما تم الزواج سريعاً انتهى إلى الطلاق السريع وكنت حاملاً فى إبنى احمد ، واختفى طليقى ولم يعثر له على أثر رغم سفرى إلى لبنان منذ عشر سنوات لحل المشاكل الترتبة على حق منح ابنى الجنسية

٩

(١) راجع : الندوة التى عقدتها جريدة الأهرام المصرية لحل مشكلات أبناء الأم المصرية المتزوجة من أجنبى على مدى ٣ حلقات اسبوعياً فى ١٢ ، ١٩ ، ١٩٨٨/٢/٢٦ ، بالاخص الحلقة الثانية فى ٨٨/٢/١٩ ص ١٤ .

اللبنانيـة ، هذا الإبن تمت ولادتى له بالمستـشـفى اليونانى بالعباسية فى مصر فى ١٩٧٤/١/١٥ ولم يغادر مصر ولم يعرف له أباً .

٣- وتقول السيدة عواطف هاشم ٣٠ سنة « أوقعنى نصيبى السئ كواحدة من بنات البلد البسطاء فى الزواج من رجل فى الستين وكنت أيامها فى العشرين ، قال فى الأوراق الرسمية أنه عراقى واصطحبنى إلى الكويت وهناك عشت أياماً حالكة مع زوج مدمن للخمر وإنتهزت فرصة ولادتى لإبنى إيهاب لمطالبته برؤية أسرتى فأحضرنى بعد الولادة بشهرين ليتركنى فى بلدى مصطحباً معه جميع أوراقنا الرسمية ولم أجد ما يثبت ميلاد إبنى الذى بلغ من العمر الآن ١١ عاماً واستطعت من خلال معونة صديقة مصرية مقيمة بالكويت استخراج وثيقة صادرة من مستشفى النحاحيل بالكويت تقول أننى ولدت إبنى فيها ، ودخل إبنى المدرسة الإبتدائية بدار السلام ، إلا أن ناظر المدرسة طرده فى منتصف هذا العام لعدم وجود ما يثبت أنه مصرى أو عدم وجود وثيقة إقامة فاضطررت لإلحاقه عاملاً فى متجر لأدوات الصحية وحصلت على طلاقى بالمحكمة لأتزوج من مصرى أنجبت منه أبناء يتعلمون ولهم حقوق المواطن المصرى بينما أخوهم ضائع بلا جنسية أو شهادة تعليمية .

فى كل النماذج المعروضة والتى تعتبر مجرد أمثلة عن معاناة أكثر من ٢٥ ألف أسرة من المشكلة محل البحث فشلت زيجات المصريات من الأجانب ولو أن الزواج قدر له النجاح ما أثيرت هذه المشكلة التى لم تظهر إلا فى منتصف السبعينات كما نوهنا .

هكذا يتبين أن مشكلة أبناء الأم المصرية هى بالفعل مشكلة اجتماعية ذات دافع اقتصادى فجرها طلاق الزوجين .

وإذا كان الطلاق هو جوهر المشكلة ، فيجب إذا أردنا الحل أن نتحراه فى الحدود المناسبة والمسببة للمشكلة .

يبدو أن الطلاق كان هو السبب المتحرك للمشكلة إلا أن هناك أسباب أخرى تساهم فى تعقيد المشكلة أو الوقوف فى طريق حلها وأهمها ضعف دور الأم المصرى فى نقل الجنسية المصرية لأبنائها وعدم كفاية الإتباط الفعلى بالإقليم المصرى لإسباغ الجنسية على غير الراشدين فى غير حالة جهالة الأبوين ، وهى أسباب ينبغى أن يأخذها المشرع المصرى بعين الاعتبار عند وضعه للحل التشريعى لهذه المشكلة ، والتى على أساسها قسمنا هذا البحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : أسباب عدم تمتع الأبناء بجنسية الأم المصرية .

المطلب الثانى : عوامل نقل جنسية الأم المصرية للأبناء والحل المقترح للمشكلة .

المطلب الأول

أسباب عدم تمتع الأبناء بجنسية الأم المصرية

وتنحصر أسباب عدم تمتع الأبناء بجنسية الأم المصرية فى الدور الثانوى للأم فى نقل جنسية لأبنائها ، وعدم كفاية الإرتباط الفعلى بالإقليم المصرى فى مجال الجنسية الأصلية كأساس لإسباغ الجنسية فى غير حالة جهالة الأبوين [١] ونعرض لتفاصيل ذلك فى فرعين متتالين على الوجه الآتى :

الفرع الأول : دور الأم فى نقل الجنسية للأبناء دور ثانوى :

يستفاد من نصوص تشريع الجنسية المصرية الحالى رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ ، أن دور الأم المصرية فى نقل الجنسية لأبناءها هو دوراً ثانوياً أو احتياطياً محضاً [٢] بينما يقوم الأب المصرى بالدور الأساسى فى نقل الجنسية للأبناء .

---

(١) انظر المادة (٢/٤) من قانون الجنسية المصرية الحالى التى تنص على أن « يعتبر مصرياً من ولد فى الأراضى المصرية من والدين مجهولين » .

(٢) انظر فى ذلك : د. فؤاد عبد المنعم رياض ، مشكلة جنسية أبناء الأم المصرية ، منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى عدد (٤٢) سنة ١٩٨٦ ، ص ١ .

ففى التشريع المصرى يعتبر دم الأب هو أساس تمتع الأبناء بالجنسية المصرية الأصلية منذ مولدهم وذلك أيا كان مكان الميلاد وأيا كانت جنسية الأم ، وهو وضع قد يسمح بإزدواج جنسية المولود ،منذ لحظة ميلاده إذا حصل كذلك على جنسية الدولة التى ولد فيها « إذا ولد فى الخارج من أب مصرى » ونعتقد أن تمتع هذا الوليد بالجنسية المصرية حال ميلاده فى الخارج لا ينفى وجود إرتباط فعلى بالدولة المصرية يتمثل فى أصلها المصرى الذى يكون دائماً قدوة الأبناء ، فالارتباط لا يتحقق فقط بالميلاد على الإقليم المصرى أو بالتوطن فيه .

هذا الدور الحيوى للأب يقلل من الفرصة المتاحة أمام الأم لنقل الجنسية المصرية لأبنائها ويقصر هذه الفرصة على حالة عدم ثبوت نسب الإبن للأب قانوناً وحالة تعيب جنسية الأب « كون الأب مجهول الجنسية أو عديمها » . (١)

فى هذه الأحوال وحرصاً على ألا يصير الإبن عديم الجنسية يعتد بجنسية الأم المصرية التى ولدته ، ولكن ذلك لا يكفى بل لابد من تدعيم جنسية الأم بارتباط الإبن بالاقليم المصرى ، ذلك أن المشرع المصرى يركز على دور الأب باعتباره محرك دفة الأسرة فإن غاب لا يلغى تماماً دور الأم لكنه يتطلب إلى جانب ما يدعمه ، ولا غضاضة فى ذلك ولا ينبغى ان يفسر ذلك بوجود عدم مساواة بين الرجل والمرأة فى هذا الخصوص فمصر دولة إسلامية والإسلام قد فرق بين الذكر والأنثى فى مجال الميراث فأعطى الذكر مثل حظ الأنثيين كما فرق بينهما فى مجال الشهادة فجعل شهادة امرأتين تقوم مقام شهادة الرجل ، فالإسلام أقام تلك التفرقة التى احترمها الجميع وإذا كان المشرع قد غلبّ دور الرجل على المرأة فى مجال نقل الجنسية للأبناء فهو قد استلهم فى ذلك روح شريعته الغراء ، وليس فى أدنى مخالفة للدستور (٢) فدستور الدولة الإسلامية هى شريعتها خاصة فيما يتعلق بمركز الرجل ومركز المرأة .

وفوق كل ذلك ، فان المساواة التامة بين الرجل والمرأة فى مجال نقل الجنسية فيها فتح صريح لباب ازدواج الجنسية وتوسيع قاعدة المتمتعين بالجنسية الوطنية إلى ضعف تعدادها الآن .

وإذا كانت حدة مساوئ المشكلة قد دفعت البعض (٣) إلى نقل موقف المشرع الحالى بأنه موقف يميز المرأة المصرية التى تنجب سفاحاً على المرأة المصرية التى يطلقها الأجنبى ، إلا أن ذلك مردود عليه بأن المشرع يتيح الفرصة للأم لتؤدى دورها فى نقل الجنسية عند أى تعيب يطرأ على موقف الأب ثم هل تقبل المرأة المصرية المطلقة من أجنبى إعتبار ابنها نتاج سفاح فى مقابل تمتعه بجنسيتها ؟ هذا ما لا نعتقده بل نعتقد أن المشرع حكمه فى كل حكم يقرره كما أن لديه لكل مشكلة حل وهو يراعى فى حل المشكلات الوطنية أحوال المجتمع وظروف أبنائه .

يضاف إلى ما سبق ، وفى ظل التشريع الحالى أنه يمكن التعويل على صلة الدم من جهة الأم المصرية إذا أضيف إليها ما يفيد الإرتباط الفعلى بالإقليم المصرى بتوطن الإبن فى مصر توطناً فعلياً بالإقامة على إقليمها دون نية المغادرة وذلك لمنح الجنسية المصرية لإبنها المولود فى الخارج سواء أكان شرعياً أم غير شرعى طالما كان الأب مجهول الجنسية أو عديمها أو غير معترف بالإبن .

(١) راجع المادة (٢) فقرة (٢) وفقرة (٣) من تشريع الجنسية المصرية السارى
(٢) انظر فى عكس ذلك : د. ليلى تكلا ، ندوة الاهرام السابق الاشارة اليها الحلقة الأولى ، ١٩٨٨/٢/٢ ، ص ١١ .
(٣) انظر فى هذا المعنى : د. ابراهيم أحمد ، الندوة السابق الاشارة اليها ، الحلقة الثانية ، ١٩٨٨/٢/١٩ ، ص ١١ .

وتلك حالة كانت تعد فى تشريعات الجنسية المصرية السابقة [1] من حالات الجنسية الأصلية التى تثبت للإبن بمجرد الميلاد .

هذا هو دور الأم المصرية فى نقل الجنسية لأبنائها كما رسمه التشريع الحالى وهو دور يبدو ثانوياً أو بالأحرى إحتياطياً بالمقارنة بالدور الأساسى للأب .

الفرع الثانى : عدم كفاية الإرتباط بالاقليم المصرى فى غير حالة جهالة الأبوين .

الارتباط الفعلى بالاقليم المصرى لا يكفى وحده لتمتع بجنسية أصلية إلا إذا كان الأبوان مجهولين [2] أى إذا تعلق الأمر بلقيط يوجد على الاقليم المصرى وحكمه ثبوت الجنسية المصرية الأصلية لهذا اللقيط تجنيبه الوقوع فى مشكلة انعدام الجنسية .

على ذلك لا يكفى الارتباط بالاقليم المصرى عند معرفة احد الأبوين مثل معرفة الأم وكونها مصرية فى المشكلة محل البحث .

وإذا كان تمتع الأم بالجنسية المصرية غير كاف فى مجال الجنسية الأصلية وكان الإرتباط بالاقليم المصرى ايضاً لا يكفى وحده اذا كانت الأم معروفة وإذا كان لابد من تدعيم دور الأم عند تعيب موقف الأب ، فالمنطقى أن يعتد عند هذا التعيب بجنسية الأم والإرتباط بالاقليم المصرى فعندئذ يضاف إلى صاحب الدور الثانوى ما يدعم دوره ويقربه من الدور الأساسى .

على أنه يجب ألا يغرب عن البال أن عدم كفاية الارتباط بالاقليم المصرى فى هذا الخصوص لا يعنى تجرد المشرع المصرى عند منح الجنسية من أساس هذا المنح المتمثل فى ضرورة وجود ارتباط فعلى بين الدولة والفرد حتى تصبح الجنسية الممنوحة جنسية فعلية [3] Nationalité effective

فالجنسية الفعلية لها مجالها الخاص وهو الجنسية المكتسبة أو الجنسية المختارة فى تاريخ لاحق على الميلاد والتى يتقيد منحها بشروط تكشف عن وجود ارتباط فعلى للأجنبى طالبها بمجتمع الدولة التى يرغب فى التمتع بجنسيتها وتقدر السلطة المختصة وجود الارتباط من عدمه فتمنح الجنسية أو تمنعها .

أما مشكلة أبناء الأم المصرية فهى تتحرك أساساً فى إطار الجنسية الأصلية [4] إذ أن الأبناء الذين يجدون فى طلبها هم دون سن الرشد وفى هذا الإطار يكون مبدأ الإرتباط الفعلى بمفهومه المعروف فى حالات التجنس غير قابل للمناقشة ، لأنه يكون بمثابة الأمر المفترض فالجنسية الأصلية تقوم على حق الدم من جهة الأب أو من جهة الأم أو على حق الاقليم وهى تثبت للشخص فى لحظة ليست لديه فيها قدرة على التمييز وهذا ما دفع إلى تسميتها بالجنسية المفروضة أما الارتباط الفعلى فى مجال الجنسية المكتسبة فهو غير موجود منذ البداية ولذلك يتم البحث عنه عندما يتقدم الأجنبى لطلب الجنسية .

المطلب الثانى
عوامل نقل جنسية الأم إلى الأبناء والحل المقترح للمشكلة

يرتبط بدراسة أسباب عدم تمتع الأبناء بجنسية أمهم المصرية والتى عرضنا لها فى المطلب الأول دراسة العوامل التى تساهم فى نقل جنسية الأم إلى الأبناء والتى نعرض فى ضوئها وعلى هدى الأسباب التى سبقتها للحل المقترح للمشكلة وعلى ذلك ندرس

(١) انظر المادة (٦) فقرة (٢) من تشريع ١٩٢٩ .

(٢) انظر المادة (٤/٢) من قانون الجنسية الحالى .

(٣) والجنسية الفعلية هى الجنسية التى يعترف بها على المستوى الدولى راجع حكم محكمة العدل الدولية الذى أقر تلك الفكرة فى قضية Nottebohm منشوراً فى Revue critique de Droit international privé 1956 (4) P. 607 .

(٤) راجع ما بعده : ص ١٥ .

فـيـمـا يلى هـاتين المسـألتين كل فى فـرع مسـتـقل بالترتيب الأتى :

الفرع الاول : عوامل نقل جنسية الأم إلى الأبناء .

الفرع الثانى : الحل المقترح للمشكلة .

الفرع الاول : عوامل نقل جنسية الام إلى الابناء :

ويمكن إجمال هذه العوامل فى إثنين :

الاول : جهالة الأب أو تعييب جنسيته أو تطليقه للأم .

الثانى : الارتباط بمصر بالميلاد أو التوطن .

الاول : جهالة الاب او تعيب جنسيته او تطليقه للام :

وهذه هى الصياغة التى تكشف عن قصور دور الأب وتحتم الاعـتـمـاد على جنسـيـة الأم إذا ارتبط الإبن بالأقليم المصرى .

وجـهـالة الأب أو تعـيب جنسـيـتـه أمـران منصـوص عليهما فى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الثانية من التشـريع أمـا مسـألة قـيـام الأب الأجنبى بتطليق الأم المصرية فهى بمثابة موقف جديد ينبغى أن يأخذه مشرعنا الوطنى فى اعتباره عند إجرائه التعديل الذى يحسم تلك المشكلة وذلك التـعـديل سيكون باضافـة بعض النقـاط التى تشكل قصوراً يمكن معالجته وبالتالى حسم المشكلة ولأن قـيـام الأب الاجنبى بتطليق الأم المصرية هو سبب قيام المشكلة كما سبق ان بيناً [1] ، ولأن حل المشكلة يجب أن يكون بـاعـتـبـار سـبب قـيـامـهـا فاننا نعتقد ان العنصـر الأول للحل هو أن يؤخـذ طلاق الاب للام فى الاعـتـبـار على أن يـكـون طلاقـاً بائناً ولا يكون طلاقـاً رجعياً يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته الى الزوجية ما دامت فى العدة سواء رضيت أم كرهت [2] .

والطلاق البـائن هو الذى لا يملك فـيـه المطلق مراجعة مطلقتـه فى العدة [3] وهو نـوعـان : طلاق بـائن بينونه صغرى ، وطلاق بائن بينونه كبرى .

والطلاق البـائن بينونه صغرى يمكن فـيه إعـادة الحياة الزوجية بين المطلق ومطلقته بعقد ومهر جديدين ويقع فى ثلاثة أحوال .

اولاً : الطلاق قبل الدخول الحقيقى ولو كان بعد الخلوه .

ثانياً : إذا افـتـدت المرأة نفـسـهـا بالمال وهو مـا يسـمى الطلاق على مال .

ثالثاً : الطـلاق بحـكم القـاضى بنـاءً على طلـب المرأة « بسبب الشقاق أم الغيبة وخوف الفتنة ، أو عيب فى الزوج » .

أمـا الطلاق البائن بينونة كبرى ففيـه لا يملك المطلق مـراجعـة مطلقـتـه فى العـدة كـمـا لا يمكن إعـادة الحـيـاة الزوجية بعقد ومهر جديدين ، بـل تحرم عليه المرأة بصفة مؤقتة حتى تتزوج بزوج آخر زواجاً شرعياً صحيحاً لبناء أسرة دائمة ، ثم يطلقها أو يموت عنها وتنتهى عدتها .

ولا يجب أن يغـرب عن البـال أن الطلاق ينبـغى أن يقع قبل بلوغ الابن سن الرشد ، وهذا هو الحـاصل فـعلاً فى كـل حـالات المشكلة لانه بعـد هذه السن يسـتـطيع الابن ان يسلك سـبيل الحـصـول على الجنسـيـة المصرية معتمداً على ذاته وان ارتكز على أصوله أو على عوامل أخرى .

هـكذا نخلص الى الجـزئيـة الأولى التى يجب أن يتضـمنهـا التـعـديل التـشـريعى حيث يجب الاعـتـداد بجنسـيـة الأم المصرية مضـافـاً اليـهـا الارتبـاط بالاقليم المصرى تلم الجزئيـة التى تكشف عن ضـعف جديد فى موقف الأب يتمثل فى قيامه بتطليق الأم وتضاف تلك

---

(١) راجع ما سبق ص ١ وما بعدها .

(٢) راجع فى ذلك : د. زكريا البرى ، الأحكام الأساسية للأسرة الاسلامية فى الشريعة والقانون ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص ١٤٧ .

(٣) راجع د. زكريا البرى ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ وما بعدها .

الجزئية إلى جزئية عدم ارتباط الاب بالابن المتمثل فى عدم الاعتراف بالابن وجزئية عدم ارتباط الأب بدولة والمتمثل فى كونه مجهول الجنسية أو عديمها .

الثانى : الارتباط بالاقليم المصرى بالميلاد أو بالتوطن :

إذا تعيب موقف الأب بأحد العيوب السابقة فى مواجهة ابنه أو زوجته أو دولته [1] تعين النظر الى الطرف الآخر الذى ينقل الجنسية عن طريق حق الدم الا وهى الأم ، إلا أن جنسية الأم وحدها لا تكفى إذ لابد من وجود ما يكشف عن ارتباط الإبن الذى ستثبت له الجنسية المصرية بالاقليم المصرى هذا الارتباط ورد النص عليه تارة فى مجال الجنسية الأصلية عندما نص التشريع على « يعتبر مصرياً من ولد فى مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له [2] كذلك من ولد فى مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته الى ابيه قانوناً [3] كما ورد النص عليه تارة أخرى فى مجال الجنسية المكتسبة اذ تنص المادة الثالثة على أنه يعتبر مصرياً من ولد فى الخارج من أم مصرية ومن أب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية ، إذا اختار الجنسية المصرية خلال سنة من بلوغه سن الرشد باخطار يوجهه الى وزير الداخلية على ذلك خلال سنة من وصول الاخطار اليه [4] « فالصورة الأولى للارتباط بالاقليم المصرى تتمثل فى كون ميلاد الابن قد وقع على الاقليم المصرى ، والصورة الثانية التى نريد اضافتها والتى تبين هذا الارتباط تتمثل فى الاقامة المعتادة فى مصر إذا تم الميلاد فى الخارج والاقامة المعتادة ترادف الموطن أى انها تقوم على عنصرين احدهما مادى يتمثل فى الاقامة الفعلية فى اقليم الدولة وثانيهما معنوى هو نية البقاء والاستقرار ، ولذلك فإننا نود أن تضاف الصورة الثانية من الارتباط الى نص المادة الثانية فى فقرتيه الثانية والثالثة لتصبح صياغته على النحو الآتى :

« يعتبر مصرياً من ولد فى مصر أو فى الخارج من أم مصرية »

إذا كان موقف الأب معيباً بأحد العيوب الثلاثة السابقة . [5]

والإضافة السابقة تجعل من نص المادة الثالثة من قانون الجنسية الحالى نصاً عديم الجدوى ويجدر بالمشرع الغاؤه حيث إن اضافة المقترحات المشار اليها يجعله نصاً شاملاً للحالات التى تبين دور الأم فى نقل الجنسية لأبنائها .

الفرع الثانى : الحل المقترح للمشكلة

إذا كان التحليل السابق يكشف عن ضرورة الاعتراف لأبناء الام المصرية بالجنسية المصرية اذا ارتبطوا بالاقليم المصرى مولداً أو موطناً ، وكان الأب غير معترف بالابن أو تعيب جنسيته « بأن كان عديم الجنسية أو مجهولها » أو قام بتطليق الام فإن الحل المقترح هو اجراء تعديل تشريعى باضافة بعض النقاط الهامة الى المادة الثانية من التشريع الحالى فى فقرتيها الثانية والثالثة بحيث تصير صياغتها الجديدة على النحو الآتى :

يعتبر مصرياً من يولد فى مصر أو فى الخارج من أم مصرية إذا كان الأب مجهول الجنسية أو عديمها أو قام بتطليق الأم .

أما الحل الذى يقضى بالتسوية التامة بين دور الأب ودور الأم فى نقل الجنسية للأبناء كأن ينص مثلاً على

---

(١) راجع ما سبق ، ص ١٠ .
(٢) المادة (٢) فقرة (٢) من التشريع الحالى .
(٣) المادة (٢) فقرة (٣) من التشريع الحالى .
(٤) راجع التشريعات التى تعترف بجنسية أصلية لابن الوطنية سواء ولد فى الوطن أو خارجه ، د. فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٦ وما بعدها .
(٥) راجع ما سبق ص ١٠ وما بعدها .

أنه يعتبر مصرياً من يولد لأب مصرى أو لأم مصرية [1] فإنه يفتح المجال صراحة ومرة ثانية لازدواج الجنسية حيث يوجد نص آخر فى التشريع الحالى يقر هذا المبدأ صراحة وهو الذى يسمح للمصرى بامكانية الاحتفاظ بجنسيته رغم تجنسه بجنسية أجنبية [2] والواجب على المشرع ان يحارب هذا الازدواج أو يقلل بقدر المستطاع من حالاته باعتباره يمثل ظاهرة شاذه على مبدأ تمتع الشخص الواحد بجنسية واحدة .

والصياغة المقترحة لنص المادة الثانية تجنب المشرع تماماً الوقوع فى دائرة الازدواج مرة أخرى إذ انها صياغة على قدر الضرورة التى فرضتها وهذا منطقى ذلك أنه إذا كان سبب المشكلة معلوماً فيجب ان يأتى الحل فى حدوده ويكفى ان نفتح صنبور الجنسية المصرية بضغطة بسيطة تروى من يعانون من الظمأ منها [3] ولا ينبغى أن نضغط على هذا الصنبور ضغطة شديدة وطويلة تغرق الجميع وتجعل جنسية الدولة المصرية جنسية رخيصة لا مذاق لها عندما تكون مفتوحة أمام من يرغب فيها ومن لا يرغب ، بل الأحرى ألا يكون التمتع بها امراً هيناً فهى جنسية حضارة عريقة أذهلت العالم كله ، ولذا يجب أن تكون جنسية غالية لا ينالها إلا من يستحقها .

وفى ضوء ما تقدم يمكن القول بأن الجنية التى تنقلها الأم المصرية لأبنائها هى جنسية أصلية تثبت منذ الميلاد أو ما قبل بلوغ سن الرشد ذلك أن طلاق الأجنبى للمصرية يتم فى الغالب قبل بلوغ الأبناء سن الرشد أى وهم عديموا التمييز أو قاصرون .

وكما سبق أن بينا أن هذا الزواج المختلط لا يكون طويل العمر ، ذلك أنه إذا طال عمره كان معنى ذلك توطد أواصر الود فى الأسرة واستقرار الأبناء ورسو انتمائهم وولائهم وحينئذ تتبخر كل المشكلات .

ووقوع الطلاق قبل بلوغ الابناء سن الرشد يمكن من الفصل بين مجال الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة . [4]

يبقى ان نشير الى أن الجنسية المصرية تعتبر امر لا غنى عنه بالنسبة لأبناء الأم المصرية المطلقة من اجنبى ، حتى يمكنهم التمتع بالحقوق الضرورية للحياة وحتى يمكنهم الشعور بانهم غير غرباء عن مجتمع يرتبطون به ارتباطاً وثيقاً بجنسية امه وبميلادهم أو توطنهم على إقليمه ، وكل هذه الأمور لا يصلح فى تحقيقها أى حل بديل [5] يمكن أن يتمثل فى منح هؤلاء الأبناء حق الاقامة فى الاقليم المصرى أو حق التعليم فى مدارسها أو حتى فى تقرير بعض الإعفاءات المالية ، فكل ذلك لا يشعرهم بالأمن النفسى ولا يؤمنهم ضد خطر الإجراءات التى يمكن للسلطات المختصة إتخاذها ضد الأجانب كما لا يشعر الدولة ذاتها بأن هؤلاء يمكن أن يؤتمنون على حمايتها عند الاقتضاء وهم متجردين من ارتباطهم القانونى بها ، هكذا تقتضى مصلحة الدولة ومصلحة هؤلاء الأبناء اسباغ الجنسية الوطنية عليهم حتى يأمنون فى دولتهم وتأمن دولتهم بهم .

---

(١) راجع فى اتجاه التسوية بين الأم والاب ، د. فؤاد رياض ، المجلة المصرية السابق الاشارة اليها ، ص ١٢ وما بعدها ، وفى فرنسا .
Loussouarn et Boursel : Droit international Privé précis Dalloz 2ed 1980 P. 680 .

(٢) المادة (١٠) من التشريع الحالى .

(٣) وهم حوالى ٢٥ ألف حالة ، ندوة الاهرام السابقة ، ١٩٨٨/٢/٦ ، ص ١١ .

(٤) راجع ما سبق ، ص ١١ .

(٥) راجع فى عدم كفاية الحلول البدلية ، د. فؤاد رياض ، المجلة المصرية للقانون الدولى ، السابق الاشارة اليها ، ص ١٣ .

إشراف السلطة القضائية على الإنتخابات النيابية والاستفاءات العامة وتحقيق الطعون فيها

دكتور

محمد كامل عبيد

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

(فرع بنى سويف)

١- من المتفق عليه فى فقه القانون الدستورى ، أن الانتخابات الحرة النزيهة تعتبر مرآة للرأى العام وأن إصلاح نظام الإنتخابات هو الحجر الأساسى فى بنيان حركة الإصلاح السياسى . [(١)]

٢- وإذا كان أمراً مشرفاً للقضاء المصرى أن تعهد إليه الدولة إلتماساً لثقة الناس فى نزاهته وعدالته وحيدته وتجرده بالإشراف على الإنتخابات النيابية والإستفتاءات العامة ، فإن هذا الإشراف قد غدا خلال الحقبة الأخيرة من تاريخنا السياسى إشرافاً مزعوماً وصورياً لأسباب متعددة لا يتسع المقام للإسهاب فيها وأضحى القضاء بذلك يتحمل أمام المجتمع أوزاراً لا يد له فيها نتيجة اليسطرة الكاملة من جانب السلطة التنفيذية على العملية الإنتخابية بكاملها ، بينما يقتصر دور القضاء فيها على رياسة اللجان الرئيسية والعامة فى الدوائر الانتخابية ، ولا يتجاوز هذا الدور مجرد إجراء عملية الفرز وحصر النتائج على حين أن عملية التصويت ذاتها وهى لب العملية الانتخابية وجوهرها تتم بعيداً عن إشرافهم أو رقابتهم فى اللجان الفرعية .

٣- وإذا كان ضمان سلامة العملية الانتخابية فى كافة مراحلها هو وضعها تحت إشراف السلطة القضائية ، ومنح هذه السلطة اختصاصات واسعة تمكنها من منع وإيقاف أى تدخل فى الانتخابات أيا كان مصدر هذا التدخل .

٤- وإذا كان من شأن الاشراف القضائى أن يؤدى فى النهاية إلى سلامة تكوين الهيئة التشريعية عن طريق تمثيلها الصحيح والمعبر عن إرادة الناخبين [(٢)] . فإنه ينبغى أن نكون أمام أحد خيارين لا ثالث لها :

أولهما : أن توضع العملية الانتخابية بكاملها ومن بدايتها حتى إعلان نتيجتها تحت الاشراف الكامل والحقيقى والرقابة الفعلية والفاعالة للسلطة القضائية ،

---

(١) انظر تفصيلاً فى نظم الانتخابات المراجع المتخصصة التالية :-

- د. محمود عيد : نظام الانتخاب فى التشريع المصرى والمقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٤١ .
- د. عبد المنجى رجب : المثل الديمقراطية والنظام الانتخابى فى مصر ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٥٢ .
- د. عبد الحميد متولى : محاضرات عن مشكلة إصلاح نظام الانتخابات فى مصر ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٣ .
- دكتوره سعاد الشرقاوى ودكتور عبد الله ناصف : نظم الانتخابات فى العالم وفى مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٤ .
- د. مصطفى عفيفى : نظامنا الانتخابى فى الميزان ، مكتبة سعيد رأفت بجامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

وانظر باللغة الفرنسية :

- CHARINAY (Jean - Paul) : Le controle de la regularité des élections parlementaires, Ed. L.G.D.J., Paris, 1964 .
- AVRIL (Pierre) : Les francais et leurs parlement, Ed. Gasterman, Bruxelles, 1972 .
- COTTERET (Jean - Marie) et EMERI (Ciaude) : les systemes electoraux, Ed. P.U.F., Paris, 1973 .
- DEMICHEL (Andre et Francine): Droit électoral, Ed. Dalloz, Paris, 1973 .
- BON (Frederic): Les élections en Françe. Ed du Seuil, Paris, 1978 .
- GEORGEL (JEAN), HAND (G.J.) et SASSE (ch.), Les regimes electoraux dans la Communaute Europeenne, Ed. Cujas, Paris, 1979 .
- COTTERET (Jean - Marie), EMERI (Claude) et LAUMIERE (P.) : Lois, électorales et inegalite de representation en France, Ed. P.U.F., Paris, 1980 .

(٢) انظر :

- د. السيد صبرى : آراء هى الحياة النيابية ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٣٨ .
- د. عبد الحميد متولى : محاضرات عن مشكلة اصلاح نظام الانتخابات فى مصر ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ص ٥٥ .

* وقد لاحظ - بحق - الدكتور سليمان الطماوى فى مؤلفه « مبادىء القانون الدستورى المصرى والإتحادى » ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٨ - ١٩٦٠ ، دار الفكر العربى ، ص ١٨٨ ، أن ضعف الناخبين وتزوير الانتخابات يترتب عليهما حتما ضعف النواب ، وأن مستوى النواب - فى العهد الملكى - أخذ فى الضعف حتى وصل إلى النيابة اشخاص غير جديرين بمهمة محاسبه الوزراء .

كما سجل د. طعيمة الجرف فى مؤلفه « موجز القانون الدستورى » ، طبعة ١٩٦٠ ، دار النهضة العربية ، ص ٣٠٦ ، أن أسوأ ما خلفته حكومات الأقلية فى الحياة السياسية المصرية قبل سنة ١٩٥٢ أنها كانت تعبث دائما بحرية الانتخابات وتتدخل فيها تدخلاً إدارياً لصالح مؤيديها وأنصارها ، وبذلك أرست فى مصر قاعدة تزوير الانتخابات والعبث بإرادة الناخبين حتى أصبحت قاعدة فى تكوين البرلمانات المصرية ...

بحيث تكون لهذه السلطة فيها الكلمة الأولى والأخيرة من خلال جعل اللجنة العامة للانتخابات وكافة اللجان الرئيسية والفرعية ذات طابع قضائى بحت حتى وإن استلزم ذلك إجراءها على مراحل متتالية .

ثانيهما : إعفاء السلطة القضائية من هذا الإشراف الصورى والمزعوم وإنعدام كل صلة لها بالانتخابات إذا لم توضع العملية الانتخابية فى كافة مراحلها ومن ألفها إلى يائها تحت إشراف ورقابة هذه السلطة حتى لا تتحمل أوزارها أمام المجتمع الذى يضع ثقته فى عدالة رجالها وحيدتهم ونزاهتهم .

٥- ويتصل بما تقدم اتصالاً وثيقاً وجوب إجراء التعديلات الدستورية والتشريعية اللازمة التى بموجبها يكون فحص الطعون الانتخابية والفصل فيها موكولاً إلى القضاء وحده ودون غيره من خلال إعطاء صيغة الدعوى القضائية ، فتعرض نتيجة التحقيقات التى تجريها محكمة النقض فيها على إحدى دوائرها للفصل فى هذه الطعون بحكم ذى حجية فالفصل فى صحة العضوية هو فى حقيقته مهمة قضائية بحتة تستدعى بحثاً وتدقيقاً لا يتفق وتكوين المجالس النيابية التى ينبغى أن تقصر جهودها ورقتها على اختصاصها الأصيل فى التشريع ورقابة السلطة التنفيذية وتقتضى حياداً لا ضمان له فى ظل أغلبية حزبية وبالأخص غداة المعارك الانتخابية . (١)

(١) انظر فى هذا الموضوع تفصيلاً مقال المستشار الدكتور على محمد عبد الفتاح « الاختصاص بالفصل فى الطعون الانتخابيه البرلمانية - دراسة فى ضوء القانون الدستورى المصرى والمقارن » ، مجلة القضاء ، يونيو ١٩٨٤ ، ص ١٥٣ - ١٨١ .

* وانظر حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية (الدائرة السادسة) الصادر بجلسة ١٩٧٤/٦/٩ فى الدعوى رقم ٤٢٧٦ سنة ١٩٧٣ مدنى كلى جنوب القاهرة ، المرفوعة من الأستاذ أحمد حسين ناصر المحامى ضد السيد رئيس مجلس الشعب وآخرين ، والذى جاء فيه « .. أن المحكمة تقرر إبتداء أن الاختصاص المعهود به إلى مجلس الشعب وهو الفصل فى صحة عضوية أعضائه ، أنما هو فى الأصل من اختصاص السلطة القضائية ، ذلك أنه نزاع بين طرفين . الفصل فيه يكون من اختصاص القضاء صاحب الولاية الأصلية بالفصل فى كافة المنازعات ، ويكون سلب هذا النزاع من القضاء واختصاص السلطة التشريعية به إنما يمثل اعتداء من الأخيرة على السلطة القضائية .. ويمثل مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات .. »

* وقد أهابت محكمة استئناف القاهرة (الدائرة١٧) فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٧٦/٤/١٩ فى الاستئنافات الثلاثة المقيدة بجدولها تحت أرقام ٣٩١٣ ، ٣٩١٧ ، ٣٩٤٥ سنة ٩١ق - بشأن الحكم المشار إليه سلفاً - بالمسئولين فى الدولة بأن يعملوا على « جعل الاختصاص بالفصل فى الطعون الانتخابية معقوداً لمحكمة النقض - قمة السلطة القضائية - وليس قاصراً على تحقيقها وإبداء الرأى فيها فقط كما هو معمول به حالياً ، ذلك لأن إسناد هذه المهمة إلى جهة قضائية عليا يوفر الضمانات والحيدة والكفاية القانونية والعدالة اللازمة ، ولو أنه سيلقى بعبء إضافى على عاتق القضاء ، إلا أن كل مشقة وجهد مضن يهون فى سبيل المصلحة العامة ... » .

* وقد انتقد الفقه الفرنسى اختصاص المجالس النيابية بالفصل فى الطعون الانتخابية ، فيذهب الفقيه « إسمان » إلى أن هذا النظام ينطوى على مساوىء لاجدال فيها ، فهو يقوم على مخالفة مبدأ الفصل بين السلطات لأنه يمثل إعتداء من السلطة التشريعية على السلطة القضائية إذ أن الأمر يتعلق بمنازعة هى من إختصاص السلطة القضائية .

- ESMEIN (A.) Elements de droit constitutionnel francais et compare, Je ed., paris, 1921, T. II, P. 356 .

* وقد أكد الفقيهان « بارتلمى ودويز » أن الفصل فى صحة نيابة الأعضاء قد غدا عملية سياسية لا ضمان لها من الناحية القانونية .. إننا نشاهد خصوماً تقترع لخصوم ، ومن المحال أن يقترع صديق ضد صديق ..

- BARTHELEMY (J.) et DUEZ (P.) Traite de droit constitu tionnel, Ed, Dalloz, Paris., 1933, P. 440 .

* كما عاب العميد «ديج» على ذلك بقوله « أننى أرى أن هذه الطريقة - أى حق المجالس النيابية فى الفصل فى صحة نيابة أعضائها - معيبه جداً ، وأنه لمن أخطر الأمور أن تمنح مجلساً سياسياً وظيفة قضائية ، إذ من المستحيل أن يسوده الهدوء وعدم التحيز الضروريان لمثل هذه الوظيفة .. حقيقة أنه مقيد بالحكم طبقاً للقانون ولكنه لا يفهم ذلك إلا بصعوبة ، بل وفى أغلب الأحوال يحكم بما يخالف القانون دون أن يشعر ، ومن ناحية أخرى ففى أغلب الأحوال يستخدم حزب الأغلبية حق النظر فى صحة النيابة كسلاح انتقامى ضد الأحزاب المعارضة مما لا يتفق والحياد الهادىء الذى يتطلبه القضاء .. » .

- DUGUIT (Léon) : Traité de droit Constitutionnel, 2ed., Paris, T, 4, 1924, PP. 356 - 358 .=

٦- وجدير بالذكر أن المؤتمر الأول للعدالة الذى عقد بالقاهرة خلال الفترة من ٢٠ - ٢٤ ابريل ١٩٨٦

= * كذلك انتقد الفقه المصرى هذا النظام ، إذ رأى فى تخويل المجلس النيابى هذا الاختصاص القضائى قلباً للأوضاع الطبيعية للأمور وإعطاء الأغلبية البرلمانية سلاحاً خطيراً تستعمله عند الحاجة فى إجازة انتخاب اعضائها وتستغله أيضاً ضد نواب الأقلية ، والأولى بالبرلمان أن يقصر جهده ووقته على اختصاصه الأصيل وهو التشريع ومراقبة السلطة التنفيذية وألا يضيع وقته فى مسائل هى من صميم اخصاص القضاء .. ولاحظ بعض الفقهاء أن المجالس النيابية فى مصر كثيراً ما تتراخى فى الفصل فى صحة نيابة الأعضاء ، فلا تصدر قراراتها إلا بعد سنوات ، وأشار البعض الأخر إلى أن التجارب فى مصر قد كشفت بوضوح عن مساوىء تولى المجالس النيابية هذا الاختصاص ، فضلاً عن ضعف الحجة النظرية الخاصة بمبدأ الفصل بين السلطات فى هذا المقام .

* انظر تفصيلاً :

- د. محمود عيد : نظام الإنتخاب فى التشريع المصرى والمقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٤١ ، ص ٣٠٣ - ٣٠٤ .

- د. وحيد رأفت ود. وايت ابراهيم ، القانون الدستورى ، المطبعة العصرية القاهرة ، ١٩٣٧ ، ص ٤٥٥ .

- د. عبد الحميد متولى : المرجع السابق ، ص ٥٥ .

- د. السيد صبرى مبادىء القانون الدستورى ، مكتبة عبد الله وهبه ، القاهرة ، ١٩٤٩ ص ٤٤٨ .

- د. عثمان خليل عثمان : النظام الدستورى المصرى ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ١٢٩ .

- د. ماجد راغب الحلو : القضاء الإدارى ، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية ، ص ٣٩٨ - ٤٠٣ .

* وإذا نحونا صوب النظم المقارنة لتبين لنا أن الدستور الفرنسى الصادر فى ٢٧ أكتوبر ١٩٤٦ وإن كان قد نص فى المادة الثامنة منه على أن يختص كل من المجلسين بالفصل فى توافر شروط العضوية وصحة انتخاب أعضائه إلا أن دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨ وضع حدا لهذا التقليد الدستورى وخرج على النظام السابق حين نص فى المادة ٥٦ منه على تشكيل مجلس دستورى وعهد إليه فى المادة ٥٩ بالفصل فى المنازعات الخاصة بصحة انتخاب النواب والشيوخ ، كما نظم الفصل السادس من القانون الصادر فى ٧ نوفمبر ١٩٥٨ إجراءات الطعون الانتخابية أمام المجلس الدستورى .

- انظر تفصيلاً :

- BURDEAU (Georges) : Droit constitutionnel et institutions Politiques, Paris, Ed. L.G.D.J., 19ed., 1980, P. 545 .

- CHATELAIN (Gean) : Le nouvelle constitution et le régime polituque de la Françe, Paris, 2eme ed., 1959, PP : 376 et s.

* وكانت المملكة المتحدة من أسبق الدول فى إسناد الفصل فى الطعون الانتخابية إلى القضاء ، فقد تنازل مجلس العموم البريطانى عن اختصاصه بالفصل فى الطعون الانتخابية إلى القضاء بموجب القانونين الصادرين فى عامى ١٨٦٨ ، ١٨٧٩ بعد أن أدرك أنه يستحيل على أعضاء المجلس - ومازالت ذكريات المنافسة الانتخابية عالقة بالأذهان - أن يتحولوا إلى قضاة يفصلون بنزاهة وحيدة فى الطعون المقدمة ضد انتخاب بعضهم البعض .. أما تحقيق صحة عضوية الأعضاء الذين لم تقدم ضدهم طعون انتخابية فيتولاه مجلس العموم من تلقاء نفسه .

* كما عهد دستور اليونان الصادر فى ٢٣ مايو ١٩١١ - طبقاً للمادة ٧٣ منه - إلى محكمة يختار أعضاؤها من بين مستشارى محكمة النقض ومحاكم الاستئناف بطريق القرعة بالفصل فى الطعون الانتخابية سواء أكان مرجعها عدم سلامة الانتخابات أو عدم توافر شروط العضوية فى المرشحين .

* أما الدستور الاتحادى لجمهورية النمسا فقد عهد - طبقاً للمادة ١٤١ منه - إلى المحكمة الدستورية العليا بالفصل فى الطعون الانتخابية المقدمة ضد أعضاء الهيئات النيابية .

* وفى تركيا نصت المادة ٧٥ من دستورها الصادر فى ٩ يوليه ١٩٦١ على أن تجرى الانتخابات تحت رقابة وإشراف الجهات القضائية ، ومنذ بداية الانتخابات حتى نهايتها ، كما تتولى فحص جميع المخالفات وبحث جميع الشكاوى والاعتراضات المتعلقة بالانتخابات طيلة الانتخابات وبعدها ، فضلاً عن اختصاص المجلس العالى للانتخاب المشكل بكامله من رجال القضاء بفحص الطعون الانتخابية والفصل فيها

- انظر : الموسوعة العربية للدساتير العالمية ، الإدارة العامة للتشريع والفتوى بمجلس الأمة المصرى ، القاهرة ١٩٦٦ ، ص ٧٦٥ .

- وانظر أيضاً مقال المستشار الدكتور على محمد عبد الفتاح ، الاختصاص بالفصل فى الطعون الانتخابية البرلمانية ، الدراسة فى ضوء القانون الدستورى المصرى والمقارن ، مجلة القضاء ، يونيو ١٩٨٤ ، ص ١٦٣ - ١٦٤ .

* وفى مصر عهد الدستور الصادر فى ٢٢ أكتوبر ١٩٣٠ بمقتضى الأمر الملكى رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ فى المادة ٩٠ منه إلى القضاء بولاية الفصل فى الطعون الانتخابية إذ نصت على أن « تقضى محكمة الاستئناف منعقدة بهيئة محكمة نقض وإبرام إذا أنشئت ، فى الطلبات الخاصة بصحة نيابة النواب والشيوخ أو بسقوط عضويتهم ، ويحدد قانون الانتخاب طريقة السير فى هذا الشأن » .

* وعندما صدر الأمر الملكى رقم ٦٧ لسنة ١٩٣٤ نص على إبطال العمل بدستور ١٩٣٠ ، ثم تلاه صدور الأمر الملكى رقم ١١٨ لسنة ١٩٣٥ متضمناً النص على عودة العمل بدستور ١٩٢٣ ، وبذلك أعيد سريان نص المادة ٩٥ من هذا الدستور ، والذى جعل الاختصاص لكل مجلس بالفصل فى صحة نيابة أعضائه ، كما أجاز أن يعهد القانون بهذا الاختصاص إلى سلطة أخرى .

وفى ٢٣ سبتمبر ١٩٥١ صدر القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٥١ ، فيما يتعلق بالفصل فى صحة عضوية أعضاء مجلس البرلمان ، ونصت مادته الأولى على أن « تختص محكمة النقض بالفصل فى صحة نيابة أعضاء مجلسى الشيوخ والنواب الذين قدمت طعون فى صحة نيابتهم وقررت المادة الثانية « تقضى المحكمة ببطلان الانتخاب أو التعيين إذا توافر سبب من الأسباب التى ينص عليها الدستور أو قانون الانتخاب والتى تقضى بهذا البطلان » ، ونصت المادة التاسعة على أن « تسرى أحكام هذا القانون على الطعون فى الانتخابات والتعيينات التى قدمت إلى المجلسين ولم يكن قد تم الفصل فيها وقت العمل بأحكام هذا القانون ، وعلى رئيسى المجلسين أن يحيلا هذه الطعون بالحالة التى هى عليها إلى قلم كتاب محكمة النقض » .

* إلا أن دساتير ما بعد الثورة قد درجت على ترك الاختصاص بالفصل فى صحة عضوية المجالس النيابية إلى هذه المجالس ذاتها (المادة ٨٩ من دستورى ١٩٥٦ ، المادة ٦٢ من دستور ١٩٦٤ ، المادة ٩٣ من دستور ١٩٧١ ، ومن ثم فلم يرد واضعو هذه الدساتير إسناد هذا الاختصاص للسلطة القضائية باعتباره مهمة قضائية بحتة . =

قد بادر بحسه القومى إلى التوصية بضرورة تنظيم الإشراف القضائى على عملية الانتخابات النيابية فى كافة مراحلها ، بما يحقق رقابة جادة وفاعلية وأن يرأس القضاة كافة اللجان الانتخابية وان استلزم ذلك إجراء الانتخابات على مراحل كما أوصى المؤتمر أيضاً بضرورة إسناد الفصل فى الطعون الانتخابية الى القضاء [(١)] .

٧- ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، بل أعلن القضاة مرة أخرى بعد أن أريد لهذه التوصيات ان تظل حبراً على ورق وبعدما درجت السلطة التنفيذية وأجهزة الاعلام اثناء التمهيد لإجراء انتخابات مجلس الشعب والشورى خلال الاعوام الخيرة واثناء إجرائها وبعد إعلان نتائجها على ترديد ان الانتخابات تجرى تحت اشراف القضاء من خلال الجمعية العمومية لقضاه مصر التى انعقدت بناديهم فى ١٣ نوفمبر ١٩٨٦ على رفضهم لهذا الاشراف المزعوم مطالبين بضرورة اشراف القضاء على الانتخابات اشرافاً فعلياً وحقيقياً وكاملاً ، بعيداً عن تدخل السلطة التنفيذية والى ان يستجاب لهذا المطلب فإنهم يلحون فى إعفائهم من ذلك الإشراف الصورى ، وأصدروا بياناً جاء فيه :

« درجت السلطة التنفيذية وبعض أجهزة الإعلام بصدد الانتخابات العامة وإعلان نتائجها على ترديد أنها جرت تحت إشراف القضاة تعزيزاً للثقة فى إجراءات العملية الانتخابية نظراً لما تعرفه من إطمئنان الشعب إلى حيدة ونزاهة قضاته ورجال القضاء وإن كانوا يفخرون بهذا الإطمئنان ويحرصون على أن تحظى الانتخابات العامة بهذه الثقة .. إلا أنهم يأسفون لأن إشرافهم عليها لا يعدو أن يكون إشرافاً رمزياً بدون فاعلية ذلك لأن دورهم يقتصر على رياسة اللجان الرئيسية واللجان العامة فى الدوائر الانتخابية ولا يتجاوز بهذه الصفة مجرد إجراء عملية الفرز وحصر النتائج ، أما التصويت فيتم بعيداً عن رقابتهم فى اللجان الفرعية .

ومن ثم فإن رجال القضاء إنطلاقاً من رغبتهم الأكيدة فى القيام بدورهم الوطنى فى الإشراف الفعلى على الانتخابات العامة على نحو يضمن لها الحيدة المرجوة يطلبون تعديل القوانين المنظمة للانتخابات بحيث توضع العملية الانتخابية جميعها بين أيدى القضاه فيتولون رئاسة اللجنة التى تجرى الانتخابات وتقوم بالفرز وتعلن النتيجة من فرعية وعامة ورئيسية ، ولا يحول دون ذلك ما قد يقال من عدم كفاية عدد رجال القضاء لتغطية هذه العملية ، إذ يمكن تفادى هذا الامر بإجراء عملية الانتخابات على مراحل فى ايام متتالية أو بضغط عدد اللجان الفرعية وهى فى الواقع أكثر من

= * واستخلاصاً من هذا الاستعراض لرأى الفقه المصرى والفرنسى ، والذى اتبعناه باستقراء لبعض النظم المقارنة ، وأخيراً باستقراء تاريخى موجز للتجربة المصرية فى هذا الصدد بدءاً بدستور ١٩٢٣ وانتهاء بدستور ١٩٧١ ، فإننا نعتقد أن مؤدى الفهم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات أن البرلمان لا يستقل بمصير أعضائه إلا بعد ثبوت صحة عضويتهم بعدم الطعن فيها أو برفض الطعن ، فهنا يثبت نسب العضو للمجلس ، وتغدو لهذا الأخير دون غيره الكلمة فى مصير أعضائه ومستقبلهم به ، أما عند الطعن فى صحة انتخاب النائب فإن البحث يقتصر على مرحلة سابقة على ثبوت العضوية البرلمانية ، وحرمان القضاء من نظر الطعون فى صحة الانتخاب وإسناد هذا الاختصاص للمجالس النيابية ذاتها ، إنما يشكل خروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات ، لأن هذه الطعون ذات طبيعة قضائية ، ولا تعدو أن تكون دعوى بين الأفراد تمثل منازعة من جانب بعضهم ضد البعض الآخر فى شأن صحة تطبيق القانون على العملية الانتخابية ، مما يجب أن يعهد بالفصل فيها إلى السلطة القضائية .

- أنظر : د. السيد صبرى : « آراء فى الحياة النيابية ، القاهرة ، ١٩٥٥ ص ٤٤٩ .

* ويرى المستشار الدكتور على محمد عبد الفتاح أن يكون الاختصاص بالفصل فى هذه الطعون معقوداً للقضاء وحده ، لكنه يعتقد أن تكوين المجالس النيابية وطريقة انتخاب أعضائها فما جزء من القانون الدستورى فى الدولة ، ومن ثم فإن من الطبيعى أن تكون محكمة القضاء الإدارى أو المحكمة الدستورية العليا فى الجهة المختصة بالفصل فى مسائله .

- انظر : د. على محمد عبد الفتاح : المقال السابق ، ص ١٧٦ - ١٨٧

(١) أنظر الوثائق الأساسية لمؤتمر العدالة الأول الوثائق الأساسية (٢) وثائق الجلستين الافتتاحية والختامية ، وثائق وأبحاث مؤتمر العدالة الأول ، الذى دعا إليه نادى قضاة مصر ، وعقد بداره بالقاهرة ، خلال الفترة من ٢٠ - ٢٤ ابريل ١٩٨٦ ، ص ٤٦ .

اللازم حالياً هذا فضلاً عما يستتبعه الضمان القضائى من وجوب أن تكون الهيئة المشرفة على الانتخابات هيئة قضائية بحتة بعيدة كل البعد عن السلطة التنفيذية وأن يكون الفصل فى الطعون الانتخابية موكولاً الى المحاكم دون غيرها وباعتبارها من الدعاوى العادية سواء بالنسبة لكيفية رفعها أو الحكم فيها أو سقوطها بالتقادم ، وإلى أن يستجاب لهذا المطلب فإن القضاه يلحون فى إعفائهم من ذلك الاشراف الرمزى فإما أن توكل العملية الانتخابية اليهم كاملة وهم اهل لها وإما أن يعفوا منها برمتها وبنسبة نتائجها اليهم أياً كانت وتكلف الجمعية العمومية مجلس ادارة النادى بابلاغ هذا البيان الى جميع الجهات المعنية » .

٨- واستخلاصاً مما تقدم وجماعاً له فاننا نعود فنؤكد ان النظام النتخابى هو عادة وليد النظام الدستورى السائد فى عهده ويستمد روحه من أسسه وقواعده وهذا ما يمكن ادراكه فى سهولة ويسر من استقرائنا تاريخ مصر الدستورى .

ونعود أيضاً لنؤكد أن إصلاح نظام الانتخابات هو الحجر الأساسى فى بنيان حركة الإصلاح السياسى وقد وصفه العلامة الفرنسى « بالرتلمى » [1] بأنه إصلاح الإصلاحات Cest la réforme des réformes كما ان المساوئ والمفاسد التى تشوب جو الانتخابات النيابية يمكن ان تقضى على النظام البرلمانى وتحفر له قبره . [2]

٩- وقد أن الأوان بعد أن خطت الديمقراطية فى مصر بواكير خطواتها باجتيازها مرحلة التنظيم السياسى القائم على الحزب الواحد الى مرحلة النظام الديمقراطى السياسى القائم على تعدد الاحزاب وهو تصحيح محمود من وجهة النظر الديمقراطية السائدة فى عالم اليوم لما ينطوى عليه من إثراء للعمل الوطنى باختلاف وجهات النظر وتعدد وتباين الرؤى آن الأوان لتعديل نظام الانتخابات برمته من أجل خطو حثيث يتعطش شعبنا إليه لاستكمال مسيرة الديمقراطية التى لا مفر منها لأمة تنشد الاستقرار والتنمية ولبنيها الرفعة والتقدم .

١٠- وفى هذا العدد فإننا نتصور أن على مجلس القضاء الأعلى ومن خلال لجنة يحشد لها الصفوة من المتخصصين أيضاً أن يتدارس النظام الحالى للانتخابات فى مصر برمته .

ونأمل لو شمل هذا التدارس نظرة تفصيلية لعضوية هيئة الناخبين وشروطها الشكلية والموضوعية والأساليب المختلفة للتصويت ، وكيفية سير عملية التصويت بما تتضمنها من ضرورة احترام مبدأ حرية التصويت ومبدأ سرية التصويت ومبدأ سلامة التصويت ودور المرشحين فى العملية الانتخابية ودور الإدارة فى تسيير العملية الانتخابية ابتداء من إضطلاعها بالاشراف عليها حتى فرز الاصوات واعلان النتائج .

ولابد لهذه النظرة التفصيلية ان تتعرض لمواطن الخلل والقصور فى العملية الانتخابية وأهمها تزييف إرادة الناخبين واقتراح الحلول لتفاديها من أجل حيدة ونزاهة هذه العملية بكاملها وبما يكفل التمثيل الصحيح والمعبر عن إرادة الناخبين .

ونأمل من المجلس أيضاً فى هذا الصدد ان يخرج من هذه الدراسة الموثقة بإعداد مشروع قانون يعرضه على الجهات المعنية من خلال القنوات الشرعية يتيح تعديل القوانين المنظمة للعملية الانتخابية بحيث يجعل اشراف القضاء على الانتخابات اشرافاً فعلياً وحقيقياً وفعالاً وكاملاً ..

وعلى المجلس من خلال هذه الدراسة أن يتصدى بالرأى أيضاً لمسألة الفصل فى الطعون الانتخابية باعتبارها مهمة قضائية بحتة لابد وان يكون القضاء مختصاً بالقول الفصل فيها .

ولا يغرب عن البال اعترافنا سلفاً بأننا من خلال هذا التصور نضيف أعباد ثقالاً وجساماً على القضاء فوق أعبائه لنا بنفس القدر يجب ألا ننسى أن القضاء فى كل أمة هو عقلها وبصرها ولسانها لإقرار الحقيقة وتحقيق العدالة .

---

(1) BARTHELEMY (Joselt) et DUEZ (Paul) : Traite de droit Constitutionnel, Ed., Dalloz, paris, 1933, P. 432 .

(٢) د. عبد الحميد متولى : محاضرات عن مشكلة إصلاح نظام الانتخابات فى مصر ، مرجع سابق ، ص ٣ -٤ .

قانـــون

التحكيم الجديد

الأستاذ / عثمان حسين
نائب رئيس محكمة النقض
(الأسبق)

١ - صدر فى ١٨ ابريل سنة ١٩٩٤ قانون جديد برقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، ونشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية بالعدد رقم ١٦ الصادر بتاريخ ٢١ ابريل سنة ١٩٩٤ . وينص هذا القانون فى المادة الرابعة من مواد اصداره على أن يعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره ، ومؤدى ذلك أنه قد أصبح سارياً اعتباراً من ٢٢ مايو سنة ١٩٩٤ .

٢ - وحسناً فعل المشرع المصرى إذ عمد إلى تنظيم التحكيم - وخاصة التحكيم التجارى - بهذا القانون الذى استقى أحكامه واستهدى فيها بالأنظمة التشريعية الحديثة للتحكيم التجارى ، وبصفة خاصة بالأحكام التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى فى سنة ١٩٧٦
Arbitration Rules of the U. N Commission on International Trade Law (UNCITRAL) .

فقد أصبح للتحكيم دوره الهام والحيوى فى دفع عجلة التجارة والتنمية وتشجيع الاستثمارات ، وسوف يكون لهذا القانون الجديد أثره فى حركة التشريع العربى والأجنبى .

وهذا القانون الذى طال انتظاره ، يلغى المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى (رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) وهى المواد التى كانت تنظم للتحكيم وكانت مواد محدودة ومعيبة . وتسرى أحكام القانون الجديد على كل تحكيم يجرى فى مصر ، سواء كان بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص ، وعلى كل تحكيم تجارى دولى يجرى فى الخارج إذا اتفق أطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون .

٣ - ويشتمل هذا القانون - عدا مواد الاصدار - على ثمانية وخمسين مادة (٥٨ مادة) فى سبعة أبواب : -

الباب الأول : أحكام عامة .

الباب الثانى : بشأن اتفاق التحكيم .

الباب الثالث : بشأن هيئة التحكيم .

الباب الرابع : بشأن اجراءات التحكيم .

الباب الخامس : بشأن حكم التحكيم وانهاء الإجراءات .

الباب السادس : بشأن بطلان حكم التحكيم .

الباب السابع : بشأن حجية أحكام المحكمين وتنفيذها

٤ - ولهذا القانون ولا شك ايجابياته ومزاياه . ويرجع الفضل فى ذلك للجنة - أو اللجان - التى توافرت على إعداد مشروعه وصياغته . وهى لجان شارك فيها - فيما أعلم - جمع كبير من أساتذة القانون التجارى ومن أساتذة التشريع ، توافروا على ذلك العمل مدة طويلة .

وإذا كنا سوف نخصص الفقرات التالية لبعض الملاحظات أو التساؤلات فان ذلك لا يقلل من أهمية هذا القانون وجدواه ، وما بذل فى وضعه وصوغه من جهد ، ولا ينقص من قدر ايجابياته ومزاياه .

٥ - وأول ما يلاحظ أن هذا القانون ليست له مذكرة إيضاحية . وأعنى بذلك مذكرة ايضاحية علمية اضافية منشورة ومعتمدة رسمياً . ولئن كان هذا هو ما جرى عليه العمل فى مصر خلال عشرات السنين الماضية بشأن التشريعات عامة ، وهو خطأ جسيم ولا شك ، فإن هذا النقض أو الخطأ يبدو أشد جسامة إذ يتعلق بقانون شديد الأهمية مثل هذا القانون الذى ينظم التحكيم فى وقت تتزايد فيه أهمية حسم المنازعات (وخاصة المنازعات التجارية وقضايا الاستثمارات) عن طريق التحكيم ، تفادياً للتعقيد والبطء فى اجراءات التقاضى ، ومن هنا تبدو ضرورة إعداد ونشر مذكرة ايضاحية وافية شاملة لأحكام هذا القانون .

٦ - ولقد كنا اقترحنا منذ سنوات أن يعد مجلس القضاء الأعلى - أو وزارة العدل - جدولا للمحكمين يشتمل على أسماء وبيانات وتخصصات من يتقدم للقيد به من رجال القضاء السابقين ، وذلك بقصد ارشاد المتنازعين إلى اختيار رئيس لهيئة التحكيم أو عضو فيها أو محكم فرد وذلك من بين الأسماء المدرجة فى هذا الجدول وفضلنا هذا الاقتراح .

ويبدو أن القانون وإن لم يتبن هذا الاقتراح كاملاً ، إلا أنه نص فى المادة الثانية من مواد الإصدار على أن (يضع وزير العدل قوائم المحكمين الذين يجرى الاختيار من بينهم وفقاً لحكم المادة ١٧ من هذا القانون) .

وبالرجوع إلى المادة ١٧ نجدها تتعلق باختيار الطرفين المتنازعين للمحكمين ، وباختيار المحكمين للمحكم الثالث ، وباختيار المحكمة للمحكمين فى حالة عدم قيام الطرفين بذلك . ولم تنص هذه المادة على (قوائم المحكمين) . فما طبيعة القوائم التى نصت المادة الثانية على أن يجرى الاختيار منها ؟ .

أولاً : هل تتعلق هذه القوائم - فحسب - بالمحكمين الذين تختارهم المحكمة ، أم تتعلق كذلك بالمحكمين الذين يختارهم طرفا التحكيم ؟ أن التفسير الأخير ينبغى استبعاده ، إذ يقوم التحكيم على حرية الطرفين فى اختيار محكميهم .

وثانياً : هل الاختيار من بين الأسماء المدرجة بهذه القوائم ملزم للمحكمة بحيث لا يجوز لها أن تختار المحكمين من غير هذه الاسماء ؟ .

وثالثاً : يبدو أن الربط فى هذه المسألة الهامة بين نص المادة الثانية من مواد الإصدار وبين أحكام المادة ١٧ من القانون بفقراتها العديدة ، لم يلق من المشرع العناية الكافية بالقدر الذى لقيته نصوص القانون الأخرى .

ورابعاً : وعلى وجه العموم فانه لما كان التحكيم نوعاً من القضاء ينظر النزاع ويلتزم فى نظره اجراءات معينة ويطبق القانون ، ويصدر احكاماً ملزمة ، فانه ينبغى أن يكون رئيس هيئة التحكيم من رجال القانون ، والأفضل أن يكون من رجال القضاء السابقين الذين يتاح لهم الوقت الكافى لنظر قضايا التحكيم ، إلى جانب ما يتوافر لهم من الخبرة العلمية والعملية ، اللازمة لنظر النزاع ووزن الأدلة وتحقيقها ، ثم الفصل فيه وكتابة الحكم بما يتفق مع نص القانون وفن القضاء .

٧ - المادة ١٩ من القانون تجيز لطالب رد المحكم أن يطعن أمام المحكمة فى الحكم الصادر برفض طلبه . ولا يترتب على هذا الطعن وقف اجراءات التحكيم ، ولكن اذا قضت المحكمة برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما تم من اجراءات كأن لم يكن ، بما فى ذلك حكم المحكم فى موضوع التحكيم .

ويؤخذ على هذا النص أنه لم يحدد للمحكمة ميعاداً لنظر الطعن فى الحكم الصادر برفض طلب الرد ، ولم يوجب عليها الفصل فى هذا الطعن على وجه السرعة . ويترتب على التراخى فى نظر الطعن المذكور والفصل فيه ، مع عدم وقف اجراءات التحكيم ، ان قد يمضى ميعاد الاثنى عشر شهراً المحدد قانوناً لاصدار الحكم المنهى للتحكيم ، قبل أن تصدر المحكمة حكمها فى مسألة رد المحكم ! وكان جديراً بالمشرع أن يحدد للفصل فى الطعن فى حكم الرد أجلاً قصيراً توقف اجراءات التحكيم خلاله .

وهذه مسألة هامة لم يتنبه لها المشرع فى حين حرص على تحديد آجال محددة فى نواح أخرى كما ورد بالمواد ٤٩ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٥٧ من القانون ذاته .

٨ - المادة ٥٤ من القانون تنص على أن دعوى بطلان حكم التحكيم ترفع خلال مدة تسعين يوماً تبدأ من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه .

ويلاحظ على هذا النص أن ميعاد التسعين يوماً ميعاد أطول من اللازم وهو يبدو أطول من أى ميعاد حدده قانون المرافعات للطعن فى أحكام القضاء فى الظروف العادية . ومثل هذا الميعاد الطويل لا يتفق مع السرعة التى يتوخاها المتنازعون الذين يلجأون إلى التحكيم ، هروباً من اجراءات التقاضى أمام المحاكم التى تستغرق أوقاتاً طويلة . ويزيد من عدم ملاءمة هذا الميعاد أنه لا يبدأ إلا من تاريخ إعلان حكم التحكيم وقد يتطلب اتمام الاعلان وقتاً طويلاً وخاصة فى المنازعات التجارية الدولية ، وكان الأنسب أن يبدأ الميعاد من تاريخ صدور التحكيم .

ولا يخفى أن من أسباب عدم ملاءمة هذا الميعاد الطويل المتراخى أنه لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم طالما لم ينقض الميعاد المذكور المحدد للطعن فى هذا الحكم بالبطلان (مادة ٥٨ من القانون) .

ويبدو أن واضعى مشروع القانون تأثروا بأن قانون المرافعات لم يكن يحدد لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم ميعاداً معيناً ، على أن هذا الخطأ الجسيم الذى كان ماثلاً فى نصوص التحكيم بقانون المرافعات ما كان يبرر تحديد ميعاد طويل للطعن بالبطلان فى حكم التحكيم على النحو الذى ورد بالقانون الجديد .

٩ - الباب السادس الخاص ببطلان حكم التحكيم لم يحدد ميعاداً للفصل فى دعوى البطلان .

أن الأطراف يلجأون إلى التحكيم توخياً للسرعة فى حسم خلافاتهم ، وانطلاقاً من ذلك فقد حدد القانون لهيئة التحكيم مدة (اثنى عشر شهراً) تصدر خلالها الحكم المنهى للخصومة كلها . لما كان ذلك وكانت مراكز الخصوم لا تستقر طالما قامت دعوى بالطعن ببطلان حكم التحكيم ، وكان البطء والتراخى فى نظر هذا الطعن واصدار الحكم بشأنه على النحو الملحوظ فى قضايا الطعن بالنقض فى الدعاوى المدنية والتجارية ، من شأنه أن يذهب بميزة السرعة التى يتوخاها المحتكمون . ولما كان تحديد ميعاد للبت ليس ليس غريباً على قانون التحكيم الجديد ذاته ، فقد حدد هذا القانون ميعاداً لذلك فى حالات أخرى مثل اصدار قرار لتفسير حكم التحكيم (مادة ٤٩) واصدار قرار بتصحيح هذا الحكم (مادة ٥٠) واصدار حكم تحكيم اضافى (مادة ٥١) واصدار قرار بوقف تنفيذ حكم التحكيم (مادة ٥٧) . لذلك فقد كان جديراً بالمشرع أن يحدد للمحكمة ميعاداً لا تتجاوزه (ستة أشهر مثلاً من رفع دعوى البطلان) تصدر خلاله حكمها فى الطعن بالبطلان . وذلك سواء كانت قد أوقفت التنفيذ أو لم تكن قد فعلت . خاصة وهو بطبيعته طعن استثنائى وكثيراً ما يكون كيدياً .

والحاجة إلى سرعة الفصل فى الطعن بالبطلان لا تقتصر على الحالة التى يكون التنفيذ فيها موقوفاً ، بل أن الحاجة إلى هذه السرعة ، قائمة فى كل الأحوال ، حتى تستقر المراكز القانونية وحتى يتفادى الناس فى التحكيم البطء وطول الانتظار الذى تتسم به الإجراءات القضائية العادية .

وإلى جانب ما تقدم فقد كان من الأوفق أن ينص القانون صراحة (فى فقرة أخيرة من المادة ٥٤ مثلاً) على أن الحكم الصادر فى دعوى البطلان لا يقبل الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن . ولا يقال فى هذا الصدد أن نص المادة ٥٢ من القانون كاف . ذلك أن هذا النص الأخير يتحدث عن (أحكام التحكيم) وأنها لا تقبل الطعن إلا بطريق رفع دعوى البطلان ، واصطلاح (حكم التحكيم) فى القانون لا يشمل (الحكم الذى يصدر فى دعوى بطلان حكم التحكيم) .

١٠ - تقضى المادة ٥٨ من قانون التحكيم بأنه (لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى) .

وفي الوقت ذاته تنص المادة ٥٧ من القانون ذاته على أنه (لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم . ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ .....) .

ومقتضى النص الأول (مادة ٥٨) أن حكم التحكيم يمتنع تنفيذه طالما لم تمض تسعون يوماً على إعلانه . فإذا انقضى هذا الميعاد ، دون رفع دعوى ببطلان الحكم ، فيجوز تنفيذه . أما إذا رفعت دعوى البطلان فى خلال ذلك الميعاد ، فليس مقبولاً أن يظل حكم النص على اطلاقه بحيث يتعين على المحكوم له أن ينظر فلا ينفذ الحكم إلا بعد انقضاء التسعين يوماً ، وانما المقبول أن يقال أن المحكوم عليه قد استنفذ الغرض من هذا الميعاد بأن أقام الطعن بالبطلان فى خلاله ، ومن ثم يحق للمحكوم له أن ينفذ حكم التحكيم حيث لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذه (مادة ٥٧) وذلك ما لم تأمر المحكمة بوقف التنفيذ .

ولو صيغ النصان المذكوران على نحو يربط بينهما لكان أوضح .

١١ - المصروفات والاتعاب :

لم يتسع قانون التحكيم الجديد - وهو فى نحو ستين مادة - للكلام عن مصروفات التحكيم واتعاب المحكمين ، والمادة ٣/٤٣ التى عنيت بذكر ما يجب أن يشتمل عليه حكم التحكيم ، أغفلت تماماً الاشارة إلى وجوب اشتمال هذا الحكم على المصروفات .

فكيف تتحدد مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين فى الأحوال التى لا يكون التحكيم فيها ضمن منظمة أو مركز دائم للتحكيم يطبق نظاماً للمصروفات الإدارية والأتعاب ؟ .

أن المدعى يدفع رسوم دعواه التى يقيمها أمام المحاكم وتحدد المحكمة فى حكمها الطرف الذى يلتزم بالمصروفات وتصدر بعد ذلك قائمة بهذه المصروفات (أو الرسوم) بأمر من المحكمة . فى ضوء ذلك فان من الطبيعى أن يدفع المحتكم - أو يدفع الطرفان مناصفة - أمانة لحساب مصروفات وأتعاب التحكيم ، ثم تحدد هيئة التحكيم فى حكمها المنهى للخصومة ، هذه المصاريف والأتعاب والطرف الذى يلتزم بها . وكان أوفى أن ينص القانون على ذلك .

١٢ - هذه بعض ملاحظاتنا على قانون التحكيم المصرى الجديد . وقد يكشف التطبيق ، والدراسة ، فى المستقبل ، عن المزيد . على أنه أيا كانت هذه الملاحظات فانها لا تقلل من أهمية هذا القانون وجدواه ومن تقديرنا للجهود التى بذلت لاعداده وصوغه . ونرجو أن تواكب المحاكم الروح التى أملت إصدار هذا القانون فتتوخى السرعة فى نظر كل ما ناطه بها هذا القانون مما يتعلق بالتحكيم التجارى .

ليس على القاضى فى خطئه .. إذا أخلص النية .. تعقيب .. فهو بشر قبل كل شيء ، إنما عليه المآخذ تأخذه بالنواصي والإقدام ، إذا أنزلق في مزالق الهوي ، وأحاطت بعنقه الشبهات ..

الإمام محمد عبده

حق المدعى بالحقوق المدنية فى الاختيار بين الالتجاء إلى القضاء الجنائى أو القضاء المدنى

الأستاذ / محمد عبد الحميد الألفى
المحامى
دراسات عليا فى القانون الخاص والقانون الدولى والقانون الجنائى

مقدمة

١- الأصل أن يختص القضاء المدنى بالدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة إلا أن المشرع الجنائى أجاز استثناء للمدعى بالحقوق المدنية أن يرفع هذه الدعوى أمام القضاء الجنائى تبعاً للدعوى الجنائية فاختصاص استثنائى [١] لذلك لا تقبل هذه الدعوى امام القضاء الجنائى إذا كان يترتب عليها تأخير الفصل فى الدعوى الجنائية [٢] .

٢- وتتمثل مظاهر تبعية الدعوى المدنية التبعية التى يرفعها من لحقه ضرر مباشر من الجريمة أمام القضاء الجنائى للدعوى الجنائية فى الآتى :

١- يتبع الفصل فى الدعوى المدنية التى ترفع أمام القضاء الجنائى الإجراءات المقررة قانون الإجراءات الجنائية . [٣]

٢- كل حكم يصدر فى موضوع الدعوة الجنائية يجب أن يفصل فى التعويضات التى يطلبها المدعى بالحقوق المدنية أو المتهم ، وذلك ما لم ترى المحكمة أن الفصل فى هذه التعويضات يستلزم إجراء تحقيق خاص ينبنى عليه ارجاء الفصل فى الدعوى الجنائية ، فعندئذ تحيل المحكمة الدعوى المدنية إلى القضاء المدنى بلا مصاريف [٤] . فلا يجوز للمحكمة الجنائية أن تفصل أولاً بحكم فى موضوع الدعوى المدنية ثم تفصل بحكم لاحق فى موضوع الدعوى الجنائية فإن هى فعلت ذلك كان الحكم الصادر فى موضوع الدعوى المدنية باطلاً .

أما إذا فصلت المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية وأغفلت الفصل فى موضوع الدعوى المدنية التبعية فإنه يكون لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة للخصوم أمام المحكمة الجنائية التى أصدرت الحكم للنظر فى موضوع الدعوى المدنية التبعية والحكم فيه وذلك إعمالاً للمادة ١٩٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية . [٥]

٣- الحكم بعدم قبول الدعوى الجنائية أو بعدم جواز نظرها يترتب عليه وجوب الحكم بعدم قبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائى [*]

٣ - وبالرغم من تبعية الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء الجنائى للدعوى الجنائية ، فقد خصها المشرع بأحكام خاصة تتفق مع طبيعتها فإذا كان يتبع الفصل فيها الإجراءات المقررة فى قانون الاجراءات الجنائية إلا أن هذه الإجراءات خاصة بها ولا تتبع فى الفصل فى الدعوى الجنائية .

وتتمتع الدعوى الجنائية التبعية ببعض مظاهر الاستقلال عن الدعوى الجنائية تتمثل فى الآتى :

١- تنقضى الدعوى المدنية بمضى المدة المقررة فى القانون المدنى ومع ذلك لا تنقضى بالتقادم الدعوى المدنية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية [٦]، [٧] .

---

(١) د. مأمون محمد سلامة . الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى . الجزء الأول دار الفكر العربى /١٩٨٨ ص ٣٨٩ ، د. محمود نجيب حسنى . شرح قانون الإجراءات الجنائية . دار النهضة العربية . ط ٢ / ١٩٨٨ ص ٢٨٥ و٢٨٩ ، نقض جنائى ١٩٨٨/١/٥ فى الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ق . المحاماه . ع٥ و٦س ٧٠ ص ٢١ و٢٢ .

(٢) الفقرة الرابعة من المادة ٢٥١ من قانون الإجراءات الجنائية .

(٣) المادة ٢٦٦ من قانون الاجراءات الجنائية .

(٤) المادة ٣٠٩ من قانون الاجراءات الجنائية .

(٥) نقض جنائى ١٩٨٤/٥/٢٢ مجموعة أحكام النقض س ٣٥ رقم ١١٦ ص ٥٢١ ، نقض جنائي ١٩٨٧/٥/١٣ فى الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٥٦ق موسوعة مبادىء النقض فى المسئولية المدنية للمستشار أحمد هبه ، الكتاب الثانى . ط ١٩٩١/١ رقم ٨٩٨ ص ٥٦ نقض جنائى ١٩٨٨/٩/٢٧ فى الطعن رقم ٢٧٩٩ لسنة ٥٨ ق ، نقض جنائى ١٩٨٩/٣/٩ فى الطعن رقم ٨٤٢٢ لسنة ٥٨ ق المحاماه ع ٥ و٦ س ٧٠ ص ٢٢ .

(*) نقض جنائى ١٩٨٥/١/٢٧ مجموعة أحكام النقض . س ٣٦ رقم ٢١ ص ١٥٩ ، نقض جنائي ١٩٨٥/١/٢٩ . س ٣٦ رقم ٢٧ ص ١٨٦ ، نقض جنائى ١٩٨٥/٢١٢/٣٠ س ٣٦ رقم ٢٢١ ص ١١٨٨ .

(٦) الفقرة الأولى من المادة ٢٥٩ من قانون الاجراءات الجنائية .

(٧) أضافت المادة ٤ من القانون ١٩٩٢/٩٧ جرائم الارهاب إلى الجرائم المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الاجراءات الجنائية .

٢- إذا انقضت الدعوى الجنائية بعد رفعها لسبب من الأسباب الخاصة بها فلا تأثير لذلك في سير الدعوى المدنية المرفوعة معها .[٨]

٣- إذا طعن في الحكم الصادر في الدعوى المدنية التبعية دون الحكم الصادر في الدعوى الجنائية فإن الدعوى المدنية التبعية تأخذ طريقها أمام المحكمة الجنائية المختصة بنظر الطعن على الرغم من عدم الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الجنائية .

٤- وحينما أجاز المشرع للمدعى بالحقوق المدنية أن يرفع دعواه المدنية أمام القضاء الجنائي فإنه لم يسلبه حقه في رفع دعواه المدنية أمام القضاء المدني غير أن حرية المدعى بالحقوق المدنية في الالتجاء الى أي من القضائين ليست مطلقة بل مقيدة بكون اختصاص القضاء الجنائي بنظر الدعوى المدنية التبعية اختصاصاً استثنائياً .

ولذلك فقد أورد المشرع قيداً على حرية المدعى بالحقوق المدنية في الالتجاء الى القضاء الجنائي إذا كان قد اختار الالتجاء الى القضاء الجنائي ومضمون هذا القيد هو سقوط حق المدعى بالحقوق المدنية في الالتجاء الى القضاء الجنائي [٩] ولذلك أيضاً أعطى المشرع للمدعى بالحقوق المدنية في أن يترك دعواه أمام القضاء الجنائي في أية حالة كانت عليها [١٠] ويقيمها أمام القضاء المدني ما لم يكن قد صرح بترك الحق المرفوع به الدعوى .[١١]

المبحث الأول

ثبوت حق المدعى بالحقوق المدنية في الاختيار بين الالتجاء الى القضاء الجنائي أو القضاء المدني

٥- يثبت للمدعى بالحقوق المدنية حق الاختيار بين الالتجاء الى القضاء الجنائي أو القضاء المدني إذا كان في إمكانه رفع دعواه المدنية أمام أي منهما ، فإذا لم يكن في إمكانه رفعها امام القضاء الجنائي فلا يثبت له هذا الحق [١٢] وعليه لا يثبت للمدعى بالحقوق المدنية حق الاختيار في الحالات الآتية :

١- إذا كانت سلطة التحقيق لم ترفع الدعوى الجنائية ولم يكن في إمكانه رفعها بطريق الإدعاء المباشر ويذهب بعض الفقه الى أنه يكفي لثبوت حق الاختيار للمدعى بالحقوق المدنية أن تكون الدعوى الجنائية قد حركت من سلطة التحقيق .[١٣]

٢- اذا كانت المحكمة الجنائية المرفوعة إليها الدعوى الجنائية ليست لها ولاية الفصل في الدعوى المدنية التبعية لعدم جواز الادعاء المدني أمامها .

والمحاكم الجنائية التي لها ولاية الفصل في الدعوى المدنية التبعية هي محكمة الجنح والمخالفات ومحكمة الجنايات ويجوز الإدعاء المدني أمام أي منهما في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى اقفال باب المرافعة ، ولا يجوز الادعاء المدني لأول مرة أمام محاكم الجنح المستأنفة [١٤] وإنما يستأنف أمامها الحكم الصادر في الدعوى المدنية التبعية من محكمة الجنح والمخالفات اذا كانت التعويضات المطلوبة تزيد على النصاب الذي يحكم فيه القاضي الجزئي نهائياً [١٥] .

وإذا انقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه وأعادت القضية إلى محكمة الموضوع لإعادة الفصل فيها فإنه يجوز الإدعاء المدني لأول مرة أمام هذه المحكمة .

---

(٨) الفقرة الثانية من المادة ٢٥٩ من قانون الاجراءات الجنائية .
(٩) د. مأمون سلامة . المرجع السابق ، ص٣٩٠ .
(١٠) الفقرة الأولى من المادة ٢٦٠ من قانون الاجراءات الجنائية .
(١١) المادة ٢٦٢ من قانون الاجراءات الجنائية .
(١٢) د. مأمون سلامة . المرجع السابق . ص ٣٩٠ و٣٩١ ، د. أحمد فتحى سرور . الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية . المجلد الأول . ط٤/١٩٨١ ص ٣٠٩ .
(١٣) د. فتحى سرور . المرجع السابق . ص ٣١٣ .
(١٤) الفقرة الأولى من المادة ٢٥١ من قانون الاجراءات الجنائية .
(١٥) المادة ٤٠٣ من قانون الاجراءات الجنائية .

وذلك لأنها تتقيد بحدود الدعوى كما طرحت عليها للمرة الأولى [١٦] ولا يجوز الادعاء المدنى لأول مرة أثناء نظر المعارضة فى حكم محكمة أول درجة بناء على طعن المتهم باعتبار أن محكمة المعارضة تنظر الدعوى التى تم الفصل فيها بالحكم الغيابى ، فالدعوى التى يعاد نظرها هى التى تم الفصل فيها بالحكم الغيابى فضلاً عن أن قبول الادعاء المدنى فى المعارضة يضر بالمتهم والقاعدة أن لا يضار طاعن بطعنه [١٧] ، وإن كان قضاء محكمة النقض مستقر على جواز ذلك . [١٨]

ولا يجوز الادعاء المدنى أمام المحاكم الاستثنائية كمحاكم أمن الدولة طوارئ [١٩] ولا يجوز الادعاء المدنى امام المحاكم الخاصة كمحاكم الأحداث [٢٠] والمحاكم العسكرية [٢١] ومحاكم أمن الدولة الدئمة [٢٢] ففى الأحوال التى ترفع فيها الدعوى الجنائية أمام محكمة استثنائية أو محكمة خاصة لا يكون أمام المدعى بالحقوق المدنية إلا الالتجاء الى القضاء المدنى . [٢٣]

وإذا رفعت الدعوى المدنية التبعية إلى محكمة جنائية استثنائية أو محكمة خاصة تبعاً للدعوى الجنائية بغير طريق الادعاء المباشر فإنه يجب على هذه المحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها بالفصل فى الدعوى المدنية لا بعدم قبولها [٢٤] أما إذا رفعت بطريق الادعاء المباشر فإنه يجب عليها أن تقضى بعدم قبولها المباشر « الدعوتين الجنائية والمدنية » . [٢٥]

٣- إذا كانت الدعوى الجنائية قد انقضت بوفاة المتهم أو التقادم أو العفو العام أو التصالح أو الحكم البات ، أو صدر فيها قرار بأن لا وجه لإقامتها أو أمر جنائى قبل رفع المدعى بالحقوق المدنية دعواه أمام القضاء المدنى .

فإذا كانت الدعوى الجنائية قد انقضت لأى سبب من أسباب الانقضاء قبل رفع المدعى بالحقوق المدنية دعواه أمام القضاء المدنى ، فإنه لا يكون أمام المدعى بالحقوق المدنية إلا الالتجاء الى القضاء المدنى .

المبحث الثانى
سقوط حق المدعى بالحقوق المدنية فى الالتجاء الى القضاء الجنائى

٦- يسقط حق المدعى بالحقوق المدنية فى الالتجاء الى القضاء الجنائى ، ولا يكون له إلا الحق فى الالتجاء الى القضاء المدنى ، إذا توافرت الشروط الآتية :

١- أن يكون قد رفع دعواه المدنية الأصلية إلى القضاء المدنى الوطنى بإجراءات صحيحة لم يشبها بطلان يحول دون اتصال المحكمة بها . لذلك لا يسقط حق المدعى بالحقوق المدنية فى الالتجاء إلى القضاء الجنائى إذا رفع دعواه المدنية أمام محكمة أجنبية [٢٦]

ولا يسقط حقه إذا حكمت المحكمة المدنية الوطنية بعدم قبول دعواه أو ببطلان صحيفتها . [٢٧]

---

(١٦) د. فتحى سرور ، المرجع السابق ، ص ٣٢١ ، د. نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٣ ، نقض جنائى ١٩٤٨/٦/١٤ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ رقم ٦٣١ ص ٦٠٢ ، نقض جنائى ١٩٦٤/١٠/٥ مجموعة أحكام النقض ، س١٥ رقم ١١٠ ص ٥٥٩ ، نقض جنائى ١٩٨٥/٣/١٣ س ٣٦ رقم ٦٥ ص ٣٨٣ .

(١٧) د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٧٩ ، د. فتحى سرور . المرجع السابق ، ص ١٢٢٥ .

(١٨) نقض جنائى ١٩٨٤/١/٥ فى الطعن رقم ٥٩٩٢ لسنة ٥٣ق ، موسوعة مبادىء النقض فى المسئولية المدنية للمستشار أحمد هبه ، الكتاب الثانى ط١/١٩٩١ رقم ٩٠٢ ص ٥٨ ، نقض جنائى ١٩٨٧/١٠/٢٩ الطعن رقم ٢٩١١ لسنة ٥٥ق المحاماة ع ٣و٤ س ٦٩ ص ٢٤ .

(١٩) المادة ١١ من قانون حالة الطوارىء رقم ١٩٥٨/١٦٢ .

(٢٠) المادة ٣٧ من قانون الاحداث رقم ١٩٧٤/٣١ .

(٢١) المادة ٤٩ من قانون الاحكام العسكرية رقم ١٩٦٦/٢٥ .

(٢٢) الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قانون انشاء محاكم أمن الدولة الدائمة رقم ١٩٨٠/١٠٥ .

(٢٣) د. مأمون سلامة . المرجع السابق ، ص ٣٧٨ ، د. فتحى سرور ، المرجع السابق ص ٣٢٢ .

(٢٤) د. فتحى سرور . المرجع السابق . ص ٣٢٢ ، د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ص ٣٧٩ .

(٢٥) نقض ١٩٨٥/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض ، س ٣٦ رقم ٧٦ ص ٤٥٠ ، حيث قضى بعدم قبول الدعوى المباشرة التى يرفعها المدعى بالحقوق المدنية أمام محكمة أمن الدولة الجزئية الدائمة .

(٢٦) د. فتحى سرور ، المرجع السابق ، ص ٣١٢ .

(٢٧) د. نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٢٩٣ .

ولا يسقط حقه إلا إذا كان التجائه إلى القضاء المدنى بطريق الدعوى الأصلية أما إذا كان قد إلتجأ إلى القضاء المدنى بطريق الدفع أو الدعوى الفرعية فلا يسقط حقه .[28]

ولا يسقط حقه إذا حكمت المحكمة المدنية باعتبار دعواه كأن لم تكن [29] ، أما إذا رفع دعواه إلى محكمة غير مختصة فإنه يسقط حقه باعتبار إنها تلتزم بإحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقاً بالولاية وتلتزم المحكمة المحالة إليها الدعوى بنظرها .[30]

٢- أن تكون الدعوى الجنائية قد رفعت أمام القضاء الجنائى قبل رفع المدعى بالحقوق المدنية دعواه أمام القضاء المدنى : فلا يسقط حق المدعى بالحقوق المدنية فى الالتجاء الى القضاء الجنائى إذا كان قد رفع دعواه أمام القضاء المدنى ولم تكن الدعوى الجنائية قد رفعت فعلاً الى القضاء الجنائى .[31]

ويذهب بعض الفقه إلى أن حق المدعى بالحقوق المدنية فى الالتجاء الى القضاء الجنائى يسقط إذا كانت الدعوى الجنائية قد حركت قبل أن يرفع دعواه المدنية أمام القضاء المدنى ولا يشترط أن تكون الدعوى الجنائية قد رفعت فعلاً أمام القضاء الجنائى .[32]

ولا يشترط علم المدعى بالحقوق المدنية برفع الدعوى الجنائية قبل قيامه برفع دعواه المدنية أمام القضاء المدنى حتى يسقط حقه فى الالتجاء إلى القضاء الجنائى ، لان السقوط جزاء إجرائى لا يتوقف على علمه .[33] فالمدعى بالحقوق المدنية عليه قبل رفع دعواه أمام القضاء المدنى إذا توافرت لديه الرغبة فى رفعها أمام القضاء الجنائى أن يتحرى حقيقة ما تم إتخاذه من إجراءات بصدد الدعوى الجنائية وما إذا كانت قد رفعت فعلاً الى القضاء أم لا ، فإن هو أهمل فى ذلك فعليه تبعة إهماله .

ويذهب بعض الفقه إلى أنه يجب حتى يسقط حق المدعى بالحقوق المدنية فى الالتجاء إلى القضاء الجنائى ، أن يكون قد رفع دعواه أمام القضاء المدنى مع علمه برفع الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائى [34] .

ويذهب البعض الآخر من الفقه إلى أنه يجب حتى يسقط حق المدعى بالحقوق المدنية فى الإلتجاء إلى القضاء الجنائى أن يعلم قبل رفعه دعواه أمام القضاء المدنى أن سبب دعواه له تكييف جنائى ، أما إذا كان جاهلاً هذا التكييف معتقداً أن الواقعة لا تنشأ عنها إلا دعوى مدنية فإن رفعه دعواه أمام القضاء المدنى لا يسقط حقه فى الالتجاء الى القضاء الجنائى .[35]

وقد ذهبت محكمة النقض يؤيدها فى ذلك بعض الفقه إلى أنه إذا كان المدعى بالحقوق المدنية يملك الحق فى رفع الدعوى الجنائية بطريق الادعاء المباشر ، ولكنه لم يستعمل هذا الحق بل قام برفع دعواه المدنية أمام القضاء المدنى فإنه لا يجوز له رفعها للقضاء الجنائى مع الدعوى الجنائية بطريق الادعاء المباشر بعد ذلك ، لكن يجوز له الادعاء المدنى أمام القضاء الجنائى اذا كانت الدعوى الجنائية قد رفعت من النيابة العامة .[36]

ويذهب البعض الآخر من الفقه إلى أن المدعى بالحقوق المدينة لا يجوز له الادعاء المدنى أمام القضاء الجنائى لسقوط حقه فى الالتجاء إليه إذا كان يستطيع رفع دعواه المدنية مع الدعوى الجنائية بطريق الادعاء

---

(٢٨) د. فتحى سرور ، المرجع السابق . ص ٣١٢ .

(٢٩) د. نجيب حسنى ، المرجع السابق . ص ٢٩٣ .

(٣٠) المادة ١١٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(٣١) د. مأمون سلامة ، المرجع السابق . ص ٣٩٤ و٣٩٥ .

(٣٢) د. فتحى سرور ، المرجع الاسبق . ص ٣١٣ .

(٣٣) د. فتحى سرور ، المرجع السابق . ص ٣١٤ و٣١٥ .

(٣٤) د. مأمون سلامة ، المرجع السابق . ص ٣٩٦ .

(٣٥) د. نجيب حسنى ، المرجع السابق . ص ٢٩٤ و٢٩٥ .

(٣٦) نقض جنائى ١٩٥٥/٦/٨ مجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ٣٢٠ ص ١٠٩١ ، د. مأمون سلامة . المرجع السابق ص ٣٩٧ و٣٩٨ ، د. نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ٢٩٦ .

المباشر إلا أنه رفعها أمام القضاء المدنى إذا كانت الدعوى الجنائية قد رفعت بطريق الادعاء المباشر من مدع آخر بالحقوق المدنية . (٣٧)

ويذهب البعض الثالث من الفقه إلى أن حق المدعى بالحقوق المدنية فى الالتجاء إلى القضاء الجنائى بطريق الادعاء المباشر لا يسقط برفع دعواه المدنية أمام القضاء المدنى فيجوز له بعد رفع دعواه أمام القضاء المدنى تركها ورفعها أمام القضاء الجنائى بطريق الادعاء المباشر . (٣٨)

٣- أن تكون هناك وحدة فى السبب والموضوع والخصوم فى الدعوة المدنية ، والمدنية التبعية :

فإذا اختلفت إحدى الدعوتين عن الأخرى فى السبب أو الموضوع أو الخصوم فلا يسقط حق المدعى بالحقوق المدنية فى الالتجاء إلى القضاء الجنائى ، ويجوز له رفع دعوى مدنية تبعية أمامه رغم رفعه دعوى مدنية أمام القضاء المدنى .

ويكون هناك اختلاف فى سبب وموضوع الدعوتين إذا كانت المدعية بالحق المدنى قد طالبت أمام القضاء المدنى بتسليمها منقولاتها عيناً ، وطالب أمام القضاء الجنائى بتعويض الضرر الناشئ عن تبديد منقولاتها المذكورة (٣٩) ويكون هناك اختلاف فى سبب وموضوع الدعوتين إذا كان المدعى بالحق المدنى قد رفع دعواه أمام القضاء المدنى للمطالبة بقيمة الدين المثبت فى الشيك الذى لا يقابله رصيد « لا يجوز رفع هذه الدعوى أمام القضاء الجنائى » ، ورفع دعواه أمام القضاء الجنائي مطالباً بتعويض الضرر الناشئ عن عدم قابلية الشيك للصرف . (٤٠)

ويكون هناك اختلاف فى سبب وموضوع الدعوتين إذا كان المدعى بالحق المدنى قد رفع دعواه أمام القضاء المدنى لطرد المدعى عليه للغصب ورفع دعواه أمام القضاء الجنائى مطالباً بتعويض الضرر الناشئ عن تزوير عقد الإيجار واستعماله . (٤١) ويكون هناك اختلاف فى سبب وموضوع الدعويين إذا كان المدعى بالحق المدنى قد رفع دعواه أمام القضاء المدنى للمطالبة بالمستحق عن فسخ عقد الشركة ورفع دعواه أمام القضاء الجنائى للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن جريمة تبديد المستحق له فى الشركة . (٤٢)

ويكون هناك إختلاف فى سبب وموضوع الدعويين إذا كان المدعى بالحق المدنى قد رفع دعواه أمام القضاء المدنى للمطالبة باسترداد ماله المسروق ، ورفع دعواه أمام القضاء الجنائى للمطالبة بتعويض الضرر الذى لحق به من جراء حرمانه من حيازة ماله . (٤٣)

ويكون هناك إختلاف فى سبب الدعويين إذا طالب المدعى بالحق المدنى أمام القضاء المدنى بتعويض الضرر استناداً إلى قواعد المسئولية المفترضة « لا يجوز رفع هذه الدعوى أمام القضاء الجنائى » ، وطالب بتعويضه أمام القضاء الجنائى استناداً إلى قواعد المسئولية الواجبة الإثبات ، ويكون هناك اختلاف فى الموضوع إذا طالب المدعى بالحق المدنى أمام القضاء المدنى بتعويض الضرر الذى لحق بسيارته من جراء الحادث وطالب أمام القضاء الجنائى بتعويض الضرر الجسدى الذى لحق به جراء الحادث ذاته .

ويكون هناك اختلاف فى الخصوم فى الدعويين ، إذا رفع المدعى بالحقوق المدنية دعواه أمام القضاء المدنى على المسئول عن الحقوق المدنية ، ورفعها أمام القضاء الجنائى على المتهم ، أو رفع المدعى بالحق المدنى دعواه

(٣٧) د. نجيب حسنى ، المرجع السابق . ص ٢٩٦ هامش ٦ .
(٣٨) د. فتحى سرور ، المرجع السابق . ص ٣١٤ .
(٣٩) نقض جنائى ٣/ ١٩٥٥/١٠ مجموعة احكام النقض . س ٦ رقم ٣٤١ ص ١١٧٢ ، نقض جنائى ١٩٨٠/٥/٤ . س ٣١ رقم ١٠٨ ص ٥٦٥ .
(٤٠) نقض جنائى ١٩٧١/١/١٨ . مجموعة احكام النقض . س ٢٢ رقم ١٩ ص ٧٨ .
(٤١) نقض جنائى ١٩٧٧/١١/١٣ مجموعة احكام النقض . س ٢٨ رقم ١٥١ ص ٧٩٥ .
(٤٢) نقض جنائى ١٩٨٤/١٢/٢٣ مجموعة احكام النقض . س ٣٥ رقم ٢٠٩ ص ٩٤٠ .
(٤٣) نقض جنائى ٣/ ١٩٥٥/١٠ مجموعة أحكام النقض س٦ رقم ٣٤١ ص ١١٧٢ .

أمام القضاء المدنى على الفاعل ورفعها أمام القضاء الجنائى على الشريك أو رفعت الدعوى المدنية أمام القضاء المدنى من مدع بالحقوق المدنية ورفعت أمام القضاء الجنائى من مدع آخر بالحقوق المدنية . (٤٤)

ويكون هناك اختلاف فى الخصوم فى الدعويين حتى ولو كانتا بين ذات الشخصين ، إلا أن المدعى فى أحدهما كان مدعياً عليه فى الأخرى . (٤٥)

وإذا اختلف ممثل أحد الخصوم فى أحد الدعويين عن ممثله فى الأخرى فلا يعد ذلك اختلافاً فى الخصوم ، لان الخصم الواحد لم يتغير فى كلا الدعويين . (٤٦)

المبحث الثالث

مباشرة المدعى بالحقوق المدنية حقه فى الاختيار بين الالتجاء الى القضاء الجنائى او القضاء المدنى والعدول عنه

٧- متى كان فى امكان المدعى بالحقوق المدنية أن يرفع دعواه المدنية أمام أى من القائين الجنائى والمدنى ، فإن التجائه إلى أيهما لا يمنعه من الالتجاء إلى الآخر طالما لم يسقط حقه فى الالتجاء إلى القضاء الجنائى .

١- فإذا كان المدعى بالحقوق المدنية قد رفع دعواه إبتداء إلى القضاء المدنى ثم رفعت الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائى ففى هذه اللحظة يثبت له الحق فى الاختيار الذى لم يكن قد ثبت له قبل ذلك لعدم رفع الدعوى الجنائية ويكون له ترك دعواه أمام القضاء المدنى ورفعها أمام القضاء الجنائى مع الدعوى الجنائية . (٤٧)

٢- أما إذا كان المدعى بالحقوق المدنية قد رفع دعواه أمام القضاء المدنى بعد رفع الدعوى الجنائية إلى القضاء الجنائى ، فيسقط حقه فى الاختيار بين الالتجاء إلى القضاء الجنائى أو القضاء المدنى ، ولا يكون له العدول عن اختياره الالتجاء إلى القضاء المدنى .

٣ - أما اذا كان المدعى بالحقوق المدنية قد رفع دعواه المدنية إبتداء إلى القضاء الجنائى فإنه يكون له طوال مدة نظرها الحق فى الاختيار ، ويجوز له ترك دعواه أمام القضاء الجنائى ويرفعها أمام القضاء المدنى إلا إذا كان قد صرح بترك الحق المرفوع به الدعوى (٤٨) وترك المدعى بالحقوق المدنية لدعواه أمام القضاء الجنائى يعد اسقاطاً تتحقق آثاره بمجرد صدور الحكم به ، ولا يجوز تجديدها مرة أخرى أمام القضاء الجنائى . (٤٩)

المبحث الرابع

الدفع بسقوط حق المدعى بالحقوق المدنية فى اختيار الالتجاء الى القضاء الجنائى

٨- إذا كان المدعى بالحقوق المدنية قد اختار الالتجاء الى القضاء المدنى ورفع دعواه أمامه مع ثبوت حقه فى الاختيار بين الالتجاء الى القضاء الجنائى أو القضاء المدنى فإنه لا يجوز له رفع دعواه المدنية أمام القضاء الجنائى ، ويمكن للمدعى عليه سواء كان المتهم أو المسئول عن الحقوق المدنية الدفع بعدم قبولها لسقوط حق المدعى بالحقوق المدنية فى اختيار الالتجاء الى القضاء الجنائى (٥٠) والدفع بسقوط حق المدعى بالحقوق المدنية فى اختيار الالتجاء الى القضاء الجنائى لا يتعلق بالنظام العام ، وانما يتعلق بمصلحة الخصوم (٥١) . فليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها وانما يتعين على الخصوم الدفع به ويجب ابداؤه أمام محكمة أول درجة قبل الدخول فى موضوع الدعوى وإلا يسقط

(٤٤) د. نجيب حسنى ، المرجع السابق . ص ٢٩١ .
(٤٥) د. نجيب حسنى ، المرجع السابق . ص ٢٩٢ .
(٤٦) نقض جنائى ١٩٤١/٤/١٤ مجموعة القواعد القانونية جـ٥ رقم ٢٤٢ ص ٤٣٦ .
(٤٧) المادة ٢٦٤ من قانون الاجراءات الجنائية .
(٤٨) المادة ٢٦٢ من قانون الاجراءات الجنائية .
(٤٩) نقض جنائى ١٩٨٨/١/٥ . فى الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ق المحاماة ع ٥ و٦س ٧٠ ص ٢٢ .
(٥٠) د. مأمون سلامة ، المرجع السابق . ص ٤٠٠ ، د. فتحى سرور . المرجع السابق ، ص ٣١٦ .
(٥١) د. نجيب حسنى ، المرجع السابق . ص ٢٩٧ .

الحق فى التمسك به ولا يشترط ابداؤه فى أول جلسة طالما أبدى قبل الدخول فى الموضوع ، ولا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض [٥٢] .

أما الدفع أمام القضاء الجنائى بسبق الفصل فى الدعوى المدنية فإنه يتعلق بالنظام العام وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها [٥٣] . ويجوز الدفع به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض كذلك فإن الدفع بعدم إختصاص القضاء الجنائى بالفصل فى الدعوى المدنية التبعية يتعلق بالنظام العام ، وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز الدفع به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض . [٥٤]

خاتمة

نخلص مما تقدم إلى أن حق الاختيار بين الالتجاء الى القضاء الجنائى أو القضاء المدنى يثبت للمدعى بالحقوق المدنية إذا كان فى امكانه رفع دعواه المدنية امام أى منهما ، فإذا لم يكن فى إمكانه رفعها أمام القضاء الجنائى فلا يثبت له هذا الحق .

فلا يثبت للمدعى بالحقوق المدنية حق الاختيار إذا كانت سلطة التحقيق لم ترفع الدعوى الجنائية ولم يكن فى امكانه رفعها بطريق الادعاء المباشر ، وإذا كانت المحكمة الجنائية المرفوعة إليها الدعوى الجنائية ليست لها ولاية الفصل فى الدعوى المدنية التبعية لعدم جواز الادعاء المدنى امامها ، أو إذا كانت الدعوى الجنائية قد انقضت لأى سبب قبل رفعه دعواه أمام القضاء المدنى .

وفى الحالات التى لا يثبت للمدعى بالحقوق المدنية فيها حق الاختيار لا يكون أمامه إلا الالتجاء إلى القضاء المدنى .

ويسقط حق المدعى بالحقوق المدنية فى الاختيار بين الالتجاء إلى القضاء الجنائى أو القضاء المدنى ، ولا يكون له إلا الحق فى الالتجاء إلى القضاء المدنى إذا توافرت شروط ثلاثة :

١- أن يكون قد رفع دعواه المدنية الأصلية إلى القضاء المدنى الوطنى بإجراءات صحيحة لم يشبها بطلان يحول دون اتصال المحكمة بها ، حتى ولو رفعها أمام محكمة غير مختصة .

٢- أن تكون الدعوى الجنائية قد رفعت أمام القضاء الجنائى قبل رفعه دعواه أمام القضاء المدنى .

٣- وأن تكون هناك وحدة فى السبب والموضوع والخصوم فى الدعويين المدنية والمدنية التبعية .

ومتى كان فى إمكان المدعى بالحقوق المدنية أن يرفع دعواه المدنية أمام أى من القضائين الجنائى أو المدنى ، فإن التجائه إلى أيهما لا يمنعه من الالتجاء إلى الآخر طالما لم يسقط حقه فى الالتجاء الى القضاء الجنائى .

والدفع بعدم قبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائى لسقوط حق المدعى بالحقوق المدنية فى الإلتجاء إليه لا يتعلق بالنظام العام ، وانما يتعلق بمصلحة الخصوم فليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وانما يتعين علىالخصوم الدفع به أمام محكمة أول درجة قبل الدخول فى موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فى التمسك به ولا يشترط إبداؤه فى أول جلسة طالما أبدى قبل الدخول فى الموضوع ولا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض .

---

(٥٢) د. نبيل مدحت سالم ، شرح قانون الاجراءات الجنائية . دار الثقافة الجامعية ط٣/١٩٨٩ . ص ١٨٧ ، نقض جنائى ١٩٤١/٤/١٤ مجموعة القواعد القانونية . جـ ٥ رقم ٢٤٢ ص ٤٣٦ ، نقض جنائى ١٩٤٥/١/١٥ مجموعة القواعد القانونية جـ ٦ رقم ٥٤٧ ص ٥٩٤ ، نقض جنائى ١٩٥٧/٥/١٤ مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ١٣٦ ص ٤٩٦ ، نقض جنائى ١٩٥٩/٦/٢٩ . مجموعة أحكام النقض س ١٠ رقم ١٥٤ ص ٦٩٤ ، نقض جنائى ١٩٦٥/١١/٢ مجموعة أحكام النقض س ١٦ رقم ١٥١ ص ٧٩٥ .

(٥٣) د. مأمون سلامة . المرجع السابق . ص ٤٠٠ ، المادة ١١٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(٥٤) د. نجيب حسنى . المرجع السابق . ص ٢٩٩ ، نقض جنائى ١٩٤٤/٥/٢٢ مجموعة القواعد القانونية . جـ ٦ رقم ٣٥٦ رقم ٤٨٩ .

أحكام التفتيش
بـــين
نصوص الاجراءات
والتطبيق العملى

للأستاذ / على شافعى
المحامى بالنقض

أحكام التفتيش

التفتيش :

إجراء يقوم به مأمور الضبط القضائى وعلى ذلك يمثل التفتيش قيداً على حرية الشخص ومسكنه ولذا فإن الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية قرر فى المادة ٤٧ منه .

« أن الحرية هى حق طبيعى وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس فإنه لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع وذلك وفقاً لأحكام القانون » .

وقد نظمت قواعد الإجراءات الجنائية وبينت ماهية التفتيش وشروطه وعلى ذلك فإن إخلال مأمور الضبط القضائى لهذه القواعد يدفع دفاع المتهمين إلى الدفع ببطلانه وهو دفع من الدفوع الشائعة فى مجال العمل القانونى وهو دفع من النظام العام على المحكمة أن ترد عليه وفى حالة عدم الدفع يكون ذلك إخلالاً بحق الدفاع يتعين معه نقض الحكم الصادر كما أن عدم الرد على هذا الدفع كلية يجعل الحكم مشوب يعيب فى القصور فى التسبب وهذا البطلان لا يصلحه إلا التنازل عن الدفع الذى يشترط أن يكون صريحاً جداً من الشخص المتنازل وعلى ذلك فإن هذا البحث يتناول موضوع التفتيش على هذا النحو :

أولاً : تعريف التفتيش وخصائصه والتمييز بينه وبين باقى الإجراءات التى تختلط به وشروط الإذن به وشكل وتنفيذ الأمر .

ثانياً: إختصاص مأمور الضبط القضائى بإجراء التفتيش فى غير حالات الإذن « حالات التلبس » .

القسم الأول

أولاً : تعريف التفتيش :

يقصد بالتفتيش على سبيل العموم البحث عن دليل الجريمة وإثبات نسبتها إلى شخص المتهم وذلك بالبحث فى جسم الشخص أو ملامحه أو ما قد يجهله من أشياء أو فى المكان الذى يقيم فيه الشخص سواء كان هذا المكان مسكوناً أو غير مسكون ، وعلى ذلك إنتهت محكمة النقض فى حكم شهير لها « أن التفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق يقصد منه البحث عن الحقيقة فى مستودع السر ولا يجوز إجراؤه إلا بمعرفة سلطة التحقيق أو بأمر منها » .

وإلا فى الأحوال التى أباح فيها القانون لمأمورى الضبط القضائى تفتيش منازل المتهمين الواردة على سبيل الحصر أما الدخول لغير التفتيش فلا يعد تفتيشاً بل هو مجرد عمل مادى قد تقتضيه حالة الضرورة .

« حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ ١٩٩٢/١٢/١٧ منشور بالجزء الرابع ص٢٤٦ ابتداء » مجموعة الأحكام ونظمت المادة ١/٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الإجازة لمأمور الضبط القضائى أنه حالة القبض على المتهم قانوناً فإنه يجوز تفتيشه .

كما أنه لا يجوز تفتيش منزل المتهم إلا بإذن قضائى وعلى ذلك فإن المحكمة الدستورية قضت فى حكمها الشهير بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات والتى كانت تبيح لمأمور الضبط القضائى عند القبض عليه إجازة تفتيش منزله .

وذلك فى حالة التلبس وإذا إتضح من أمارات التحقيق أنها موجودة فيه وذلك لتعارض هذه المادة مع المادة رقم ٤٤ من الدستور والتى قضت أن للمسكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا بأمر مسبب وفقاً لأحكام القانون وعلى ذلك إستقر الفقه والقضاء على أنه لا يجوز التفتيش .

١- لابد وأن يكون التفتيش من أجل الكشف عن جريمة فى جناية أو جنحة واقعة بالفعل فلا يجوزالتفتيش من أجل جريمة مستقبلة .

وعلى ذلك قضت محكمة النقض « أنه لا يصح إصدار الإذن بالتفتيش إلا لضبط جريمة واقعة بالفعل »

« نقض ٧١/٧/٢٠ س ٢٢ ص ٨٠١ » .

٢- كما أنه يشترط وجود الدلائل الكافية نحو شخص معين وأن تسبق هذه الدلائل تحريات كافية وجريمة مع هذه الدلائل .

٣- أن يكون من مصلحة التفتيش عمل هذا الإجراء .

ثانياً خصائص التفتيش :

يختلف التفتيش عن باقى الإجراءات الأخرى المنظمة لقواعد قانون الإجراءات الجنائية فى أنه يتميز بالآتى :

أولاً : أنه يتم بإكراه على من يقع عليه دون دخل لموافقته أو إرضائه .

ثانياً : أنه يشكل تدخلاً فى حق من الحقوق العامة وهو التدخل فى دائرة حق الفرد فى سرية مسكنه ومعلوماته وأسراره .

ثالثاً : ان التفتيش الهدف منه إسناد جريمة لشخص ما بعد إيجاد الدليل ضده عن طريق التفتيش وحيث أن الأصل براءة ذمة الشخص .

وعلى ذلك فإن مدخل دراسة التفتيش يقتضى بحث هذه العناصر التى هى فى جوهرها خصائص التفتيش .

١- الإكراه والجبر :

يقرر الدستور فى المادة ٤١ أن الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع وذلك وفقاً لأحكام القانون ويحدد القانون مدة الحبس الإحتياطى .

وقد نظمت المادة ٣٤ المعدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٧٢ والتى نصت على أنه لمأمور الضبط القضائى فى أحوال التلبس بالجنايات أو الجنح أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية مع إتهامه ومعروف ان التفتيش هو إجراء لازم بعد القبض على المتهم .

وعلى ذلك فإن التفتيش هو إجراء يتم دون الموافقة من جانب الشخص ويتم بإكراه عليه سواء رضى أو لم يرض سواء وافق على دخول مأمور الضبط أو لم يرض على أن عنصر الإكراه هو نوع من الإعتداء على حقوق الأفراد فى الإحتفاظ بأسراره وهذا الإعتداء هو أمر فرضه حق المجتمع فى رعاية الصالح العام وذلك لكشف الجريمة ، وتوقيع العقوبة كما أن حق التفتيش ليس حقاً مطلقاً لمأمور الضبط ذلك أن الدستور وقانون الإجراءات الجنائية قد أحاط هذا الإجراء بضمانات كافية وذلك فى إطار حدود الإذن والغاية من الإجراء .

٢- التدخل فى حق السر :

لكل إنسان مستودع أسرار ولكل شخص أوراقه ومستنداته وأفكاره ورحلة حياته الممثلة فى أوراق الشخص وصوره والمستندات التى تشكل فترات حياته فى معاملاته وكذا فى املاكه التدخل فى مستودع الاسرار يشكل تدخلاً فى حق من الحقوق العامة للفرد وهو حق الإنسان فى الإحتفاظ بأسراره الممثلة فى مستنداته وأوراقه والدخول فى المسكن بالتفتيش فيه للبحث عن جريمة فإنه يقتضى ذلك تفتيش منزل الشخص فى كل إجراءته وإطلاع مأمور الضبط القضائى على كل أسرار الشخص فى الاطلاع على مستودع أسرار الشخص على جميع الأوراق والمستندات ، وعلى ذلك فإن القبض يختلف عن التفتيش فى أن الأول هو قيد مع حرية الفرد بينما التفتيش هو إعتداء على الفرد بتفتيش ملابسه أو مسكنه وعلى ذلك فإن هذا الإعتداء

على حرية الفرد ولخطورته الإجتماعية فإن المشرع نظم قواعد تفتيش أشخاص المتهمين ومنازلهم ووضع لذلك قيوداً ونظم قواعد هذه الإجراءات بحيث لا يكون هذا الحق مطلقاً لمأمور الضبط لما لهذا الإجراء من خطورة على المساس بحرية الفرد فى أسراره .

٣- الغرض من التفتيش هو البحث عن الدليل المادى لارتكاب الجريمة :

الأصل فى الإنسان البراءة ، حيث أن البينة على من ادعى وبالتالى فإن إسناد الجريمة إلى شخص ما يقتضى ذلك أن يكون هناك دليلاً مع إدانة هذا الشخص وهو ما يسمى بدليل الثبوت وهذه الأدلة إما أدلة قولية تتمثل فى أقوال المتهم أى إعترافة بارتكاب الواقعة أو فى أقوال شهود الإثبات الذين شاهدوا الواقعة ونسبوها إلى شخص المتهم أو إلى دليل فنى فالتقارير الفنية أو إكتشاف بصمات المتهم فى مكان الجريمة أو دليل مادى قاطع بات فى الإتهام وهو ضبط الأشياء المضبوطة إما بملابس المتهم أو فى حوزته أو أن تضبط هذه الأشياء بسكن هذا الشخص .

ثالثاً : التمييز بين التفتيش وباقى الإجراءات التى قد تختلط به :

تتعدد إجراءات التحقيق والتى يقصد بها الوصول إلى الحقيقة والكشف عن الجريمة وهذه الإجراءات تتعدد وتتداخل كلها لكونها أدلة الجريمة وعلى ذلك فإن التفتيش كإجراء يختلف من إجراء الضبط والإستجواب واعمال الخبرة على النحو الآتى :

١- الضبط :

أباح القانون لمأمور الضبط القضائى بضبط كل ما هو متعلق بالجريمة .

« حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩٥٧/١/٢٨ المكتب الفنى جـ ٣ ص ٤٥ وعلى ذلك فإن التباين والاختلاف واضح بين الضبط والتفتيش فى أن الأخير إعتداء على حق ، كما أنه يجوز ضبط الأشياء المكشوفة أو المتروكة دون التفتيش والضبط الذى يتم خارج المنازل وفى الطعن العام هو إجراء من إجراءات الاستدلال لا التحقيق على أنه نفى أنه لمأمور الضبط القضائى المأذون له بتفتيش منزل المتهم للبحث عن جريمة ما فإنه مأذون له أن يفتش فى كل مكان يرى إحتمال وجود الأشياء المطلوب الكشف عنها فإن كشف عرضاً أثناء هذا التفتيش على جريمة أخرى غير المأذون من أجلها فإنه يكون حيال جريمة متلبس بها ويكون من واجب ضبط كشف عنه التفتيش .

« الحكم منشور فى كتاب الدكتور رؤوف عبيد الاثبات الجنائى حكم ١٩٥٧/١/٢٨ المكتب الفنى جـ٣ ص ٤٥ » .

٢- الاستجواب :

يقصد بالاستجواب وهو إجراء من إجراءات التحقيق سؤال المتهم عن التهمة أى توجيهها إليه وإثبات أقواله دون مناقشة وعلى ذلك فإن سؤال يصلح أن يجرى بمعرفة سلطة الاستدلال أى الاستجواب والمواجهة هو عمل من إجراء التحقيق .

« د/ رووف عبيد كتاب مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى صفحة ٤٣٣ » .

والغرض من الاستجواب فى التحقيق الابتدائى هو جمع الأدلة حيث قد يفضل المتهم الاعتراف مختاراً أو قد تصدر منه بعض الأقاويل التى تصدر منه التى قد تتخذ دليلاً ضده .

ويرى البعض أنه هناك تشابهاً بين الاستجواب والتفتيش وهو أن الغرض من كل منهما هو الحصول على دليل لارتكاب الجريمة والفرق بينهما أن الدليل المسند فى الاستجواب هو دليل قولى وأن الثانى هو دليل مادى . ونلاحظ أن الاستجواب يقتصر على شخص المتهم دون غيره .

أما التفتيش فمن الممكن إجراءه فى مواجهة المتهم كما يمكن إجراءه أيضاً لدى غير المتهم إذا قامت دلائل غير كافية ضد هذا المتهم كما أن هناك فرق جوهرى بين الاستجواب والتفتيش ذلك أن عنصر الإرادة مفتقد فى التفتيش ، ذلك أنه يجوز أن يتم سواء وافق الشخص على ذلك أو لم يوافق . أما الاستجواب فإن الأصل فى الانسان البراءة فإنه يجوز للشخص الالتزام بالصمت وعدم الحديث كما أنه اتفق على أنه لا يجوز إعتبار هذا الصمت قرينة ارتكاب الواقعة .

« الدكتور رؤوف عبيد المرجع السابق ص ٤٦١ »

كما أنه لا يجوز استجواب المتهم فى جناية إلا بعد دعوة محاميه إلى الحضور إن وجد ، كما يتطلب المشرع إطلاع المحامى على التحقيق قبل الاستجواب ، كما أن اسباب بطلان التفتيش تختلف عن بطلان الاستجواب .

٣- اعمال الخبرة :

اعمال الخبرة ما هى إلا تقارير تعين الغرض منها الوصول إلى الحقيقة وكشف غموض الجريمة وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم فى اختيار الخبير والمحكمة غير مقيدة بتقرير الخبير فلها أن تأخذ به أو لا تأخذ ، أما التفتيش فأصله دائماً إجراء مادياً غايته العثور على الدليل على إرتكاب الجريمة ، وعلى ذلك فإن التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق تملكه بحسب الأصل سلطات التحقيق بينما الخبرة لا تقيد المحكمة بحسب الأصل أما إجراء التفتيش وما يسفر عنه من ثم إجراؤه وفقاً لصحيح القانون فهو مقيد للمحكمة فيما ترتب عليه من نتائج وفقاً لصحيح القانون .

٤- شهادة الشهود :

الشهادة وهى دليل قولى تلجأ إليه سلطة التحقيق لتستمع من الشهود عن الوقائع المتعلقة بالجريمة ويختلف التفتيش عن الشهادة فى أن الشهادة تكون لغير المتهم فهى تكون بالنسبة لمن شاهدوا الجريمة أو سمعوا عنها أما التفتيش قد تم فى مواجهة المتهم كما قد تم فى مواجهة غيره ويلاحظ أن اختيار الشهود هو من اطلاقات المحكمة وقد استجوب القانون على الشاهد أن يقسم اليمين عند إبداء شهادته ولم يتطلب اجراء التفتيش ذلك .

رابعاً : شروط الإذن بالتفتيش وشكله ومدته ومكانه وطريقة تنفيذه :

أولاً : شروط صدور إذن التفتيش شروط ثلاثة :

١- جدية التحريات .

٢- وقوع جناية أو جنحة .

٣- صدور الإذن ممن يملكه .

١- جدية التحريات :

قررت محكمة النقض :

ان تقدير جدية التحريات وكفايتها لإصدار الأمر بالتفتيش وأن كان موكولاً لسلطة التحقيق إلا أن الأمر حتى ذلك خاضع لرقابة محكمة الموضوع فهى الرقيبة على قيام المسوغات التى تراها سلطة التحقيق مبررة لاصدار الأمر بالتفتيش فاذا هى حتي حدود سلطتها التقديرية أهدرته نتيجة عدم اطمئنانها إلى ما تم من تحريات أو تشككها فى صحة قيامها أو أنها فى تقديرها غير جديرة فلا تثويب عليها فى ذلك .

« الطعن رقم ١٢٦١ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٠ س ٧ ص ٢٠٤ » .

وعلى ذلك فإنه يقصد بجدية التحريات أن تكون هذه الإجراءات راجعة إلى دلائل وقرائن قوية يمكن من خلالها توجيه الإتهام إلى شخص الجانى بإعتبار أن هذا الإتهام نتيجة منطقية ومفعولة على مقدمات التحريات التى أجريت « أحكام تفتيش للأستاذ / حسن محمود سيد أحمد المحامى » بحث منشور بمجلة المحاماة لسنة ٥٧ .

وفى تعريف اخر للدلائل الكافية فإنه يقصد منها العلامات المستفادة من ظاهر الحال دون ضرورة التعمق فيها وهى لا ترقى إلى مرتبة الأدلة وضعفها يقوم عن إستنتاجها من وقائع لا تؤدى إلى ثبوت التهمة بالضرورة ولا بحكم اللزوم العقلى .

« المرجع السابق د/ رؤوف عبيد ص ٣٢٠ وما بعدها » .

ومتى أثبت الحكم أن أمر التفتيش قد بنى على تحريات جريمة سبقت صدوره فلا يؤثر فيه ما قاله تزيداً إستدلالاً على جدية التحريات من أن التفتيش قد إنتهى إلى ضبط الواقعة فعلاً .

« الطعن رقم ١٦٦١ لسنة ٢٥ ق جلسة ٦٥/٤/٣ س ٢٧ ص ٤٨٩ » .

كما أن تقدير جدية التحريات وكفايتها لإصدار الأمر بالتفتيش متروك لسلطة التحقيق .

« الطعن رقم ٦٥٨ جلسة ٥٨/٦/١٦ ص ٦٧٢ » .

ويشترط أن يكون الإذن مكتوباً ولكن فى حالات الإستعجال قد لا يكون محالاً لكتابه وفى ذلك قضت محكمة النقض فى حكم شهير لها « أنه لا يشترط القانون إلا أن يكون الإذن بالتفتيش شأنه فى ذلك شأن سائر أعمال التحقيق ثابتاً بالكتابة وفى حالة الإستعجال قد يكون إبلاغه بالمسرة أو ببرقية أو بغير ذلك من وسائل الاتصال ولا يلزم وجود ورقة الإذن بيد مأمور الضبط القضائى المنتدب لأن فى ذلك عرقلة إجراءات التحقيق وهى بطبيعتها تقتضى السرعة وإنما الذى يشترط أن يكون التبليغ بفجوى الإذن أصل ثابت فى الأوراق .

« الطعن رقم ١٢٣٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٠/١٠/٣١ س ١١ ص ٧٣٠ » .

كما لا يوجب القانون حتماً أن يتولى رجل الضبط القضائى التحريات والأبحاث التى يؤسس عليها الطلب بالإذن له بالتفتيش الشخصى أو يكون على معرفة شخصية سابقة به بل له أن يستعين فيما قد يجريه من أبحاث وتحريات بمعاونة من رجال السلطة العامة أو المرشدين ما دام أنه قد إنتفع شخصياً بصحة ما نقلوه إليه وبصدق ما تلقاه عنهم من معلومات .

« الطعن رقم ١٧١٧ لسنة ٣٩ جلسة ١٩٧١/١/١٨ س ٢١ ص١٢٥ » .

٢- وقوع جناية او جنحة :

حيث أن التفتيش وهو إجراء من إجراءات التحقيق وهو قيد على حرية الشخص ومستودع أسراره فإن قانون الإجراءات استلزم فى نصوصه أن يكون الإذن بالتفتيش فى الوقائع التى تشكل الجناية أو الجنحة وعلى ذلك فإنه لا يجوز التعرض للمتهم فى المحافظات الضيقة إلا فى الحدود للمادة ٣٨ / ٢١ إجراءات جنائية أى فى حالة التلبس بالمخالفة مع عدم معرفة شخصية المتهم .

ولذلك قضت محكمة النقض « أن الإذن بالتفتيش إجراء من إجراءات التحقيق لا يصح قانوناً إصداره إلا لضبط جريمة جناية أو جنحة واقعة بالفعل وترجمت تسميتها إلى المأذون بالتفتيش .

أحكام محكمة النقض الصادرة فى :

٦١/٦/١ ، ٤٧/٢/٢٤ ، ١٩٦٨/٦/١٧ منشورة بمجلة المحاماه العدد الخامس لسنة ٦٧ ص ١١٨ .

٣- صدور الإذن ممن يملكه :

الإذن بالتفتيش موكول إلى أعضاء النيابة العامة الذين لهم الحق وحدهم فى إصدار الإذن بالتفتيش وذلك إلى مأمور الضبط القضائى . ويملك أعضاء النيابة جميعهم إصدار الإذن بالتفتيش وعلى ذلك فإنه يجوز لمساعد النيابة حق إجراء التحقيق فله أن يصدر إذناً فى التفتيش الذى ينتج دليلاً فى الدعوى .

جلسة ١٩٤٨/١٠/١١ طعن رقم ١٨/١٥٧٩ ق .

كما أن توجيهه طلب التفتيش إلى رئيس النيابة لا يمنع وكيل النيابة الذى يعمل معه عن الفصل فيه .

وعلى ذلك قضت محكمة النقض أن رئيس النيابة ووكلاء النيابة الذين يعملون معه مختصون بأعمال التحقيق فى جميع الحوادث التى تقع فى دائرة المحكمة الكلية التى هم تابعون لها الأول بناء على جنحة والآخرون بناء على تعويضهم من رئيس النيابة أو ممن

يقومون مقامه تعويضاً أصبح على النحو الذى إستقر عليه العمل فى حكم المفروض بحيث لا يستطيع نفيه إلا بنهى صريح .

« جلسة ١٩٤٨/٤/١٦ طعن رقم ٣٤٣ ، ١٨ق » .

كما أنه يشترط لصحة الإذن ممن يملكه أن يصدر من أعضاء النيابة بتفتيش المتهم ومنزله شريطة ذلك أن يكون المتهم فى دائرة النيابة الكلية بإعتباره مختصاً بالتحقيق فى الحوادث التى تقع فى هذه الدائرة وذلك وفقاً للمادة ٢١٧ من قانون الإجراءات الجنائية وما استقرت عليه محاكم النقض .

الطعن رقم ٩٠ س ٢٢ جلسة ١٩٥٢/٢/٢٥

الطعن رقم ١٣٩٨ س ٣٣ جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٠

الطعن رقم ١١٤٧ س ٢٦ جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٤

كما أن الاختصاص بإصدار إذن التفتيش يتحدد بمكان وقوع الجريمة أو محل إقامة المتهم أو بالمكان الذى يضبط فيه .

وذلك وفقاً للمادة ٢١٧ من قانون الإجراءات الجنائية وما استقر عليه العمل فى المحاكم .

الطعن رقم ١٩١٩ لسنة ٢٧ جلسة ١٩٦٨/٢/٥ .

٢- *شكل الإذن*

(أ) يجب أن يكون الإذن بالتفتيش الصادر من النيابة إلى أحد مأمور الضبط القضائى أن يكون ثابتاً بالكتابة كما يجب أن يوقع على الإذن ممن أصدر هذا الإذن ، فالإذن الشفوى لا يكفى لصحة التفتيش ولكن إذا كان صاحب الشأن قد رضى صراحة بإجراء التفتيش فإنه يكون صحيحاً ويجوز الإعتماد عليه .

إلا أنه وكما أوردنا سلفاً أنه فى حالة الإستعجال قد يكون إبلاغ الإذن بأى وسيلة أخرى غير الكتابة ولكن القانون إشترط أن يكون التبليغ بمضمون الإذن له أصل ثابت بالأوراق .

(ب) كما يشترط للإذن بالتفتيش أن يكون بذكر إسم المتهم المطلوب تفتيش منزله أو تفتيشه إلا أنه يمكن أن يصدر الإذن بإسم المتهم الذى إشتهر به ويكون الإذن بذلك صحيحاً . كما أن محكمة النقض قررت فى حكم لها أن الخطأ فى إسم المطلوب تفتيشه لا يبطل التفتيش ما دام الحكم قد إستظهر أن الشخص الذى حصل تفتيشه هو فى الواقع بذاته المقصود بالتفتيش طعن رقم ٦٥٨ سنة ٢٨ ق جلسة ١٩٥٨/٦/١٦ . كما يشترط فى شكل الإذن إصداره فى عبارات معينة أو خاصة كما لا يعيب الإذن عدم تعين اسم المأمور له بإجراء التفتيش .

« الطعن رقم ١٩١٩ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٨/٨/٢٥ » .

على أنه يجب تسبيب الإذن بتفتيش المسكن إعمالاً لنص المادة ٤٤ من الدستور والمادة ٩١ إجراءات جنائية وذلك بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٧٢ وهما يوجبان تسبيب الأمر القضائى بالتفتيش على المساكن وإذا تم التفتيش على شخص المتهم دون المسكن دون أن يكون الأمر مسبباً فلا يكون هناك بطلاناً فى الإذن .

٣- *مدة الإذن*

يجب أن يصدر الإذن القضائى إلى مأمور الضبط القضائى محدداً فيه ميعاد قيامه بإجراء التفتيش ولا يجوز أن يكون الإذن مطلقاً فى ميعاد إجراءه لما لهذا الإجراء من تهديد للشخص المراد تفتيشه أن هذا التفتيش إعتداء على حرية الشخص ومستودع أسراره والتى افردنا لها جانب فى هذا البحث على أنه قد إستقرت قواعد قانونية قضائية فى احتساب مدة الإذن فيها :

- أنه لا يحتسب فى حساب مدة الإذن اليوم الصادر فيه .

« طعن رقم ١٦٣٧ لسنة ١١ جلسة ١٩٤١/٦/١٦ »

كما أنه يجوز تجديد مدة الإذن وذلك شريطة صدور إذن آخر بامتداد الإذن المذكور .

رابعاً : تنفيذ إذن التفتيش :

الآن وقد صدر إذن التفتيش يناط بهم إصدار الإذن إلى مأمور الضبط القضائى وكان هذا الإذن مكتوباً موقعاً عليه موضحاً به اسم الشخص المراد تفتيشه أو تفتيش مسكنه وحدد لإجراء الإذن ميعاداً لتنفيذ به فى المكان المعين يصدر الإذن فإن تنفيذ هذا الإذن القانونى يتطلب :

١- إجراء التفتيش بمعرفة مأمور الضبط القضائى .

٢- حضور المتهم أو الشهود التفتيش .

٣- تفتيش جسم المتهم .

٤- تفتيش الأنثى .

٥- ما يوجبه التفتيش المأذون به .

١- إجراء التفتيش بمعرفة مأمور الضبط القضائى :

من المقرر قانوناً أنه طالما قد صدر أمر النيابة العامة لأحد مأمورى الضبط القضائى أو لمن يعاونه أو ينيبه فإن إنتقال أى منهم يجعل ما أجراه بمفرده صحيحاً لوقوعه فى حدود الأمر الصادر من النيابة والذى خول كل منهم سلطة إجراءه مادام إذن التفتيش لم يقصد أن يقوم بتنفيذه واحد بالذات بحيث يكون مقصوراً عليه الاستفادة بالإجازة الى غيره ، كما أن القانون أباح لمأمور الضبط القضائى إختيار الوقت المناسب لتنفيذ الإذن طالما كان ذلك فى حدود الزمن المعين بالإذن ، كما يجوز تنفيذ الإذن عن طريق مأمور الضبط القضائى أينما وجد الشخص المطلوب تنفيذ الأمر عليه طالما كان ذلك فى دائرة إختصاص مصدر الإذن .

حيث أن المقرر أن مجال تطبيق المادة ٥١ إجراءات تقضى بحصول التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه عنه كلما أمكن ذلك وإلا يجب أن يكون بحضور شاهدين هو عند دخول المنازل وتفتيشها فى الأحوال التى يجيز لهم فيها القانون ذلك أما التفتيش الذى يقومون به بناء على ندبهم لذلك من سلطة التحقيق فتسرى عليه أحكام المواد ٩٢ ، ١٩٩ ، ٢٠٠ من ذلك القانون الخاص بالتحقيق بمعرفة قاضى التحقيق التى تقضى بحصول التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه عنه إن أمكن ذلك

« نقض رقم ٥٤٢ لسنة ٤٢ جلسة ١٩٧٢/٦/١٩ » .

٢- حصول التفتيش بحضور المتهم او من ينيبه فى ذلك :

قررت المادة ٩٢ من القانون الإجراءات الجنائية « أن يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه إن أمكن ذلك » وعلى ذلك استقرت أحكام المحاكم على أن حصول التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه ليس شرطاً جوهرياً لصحة التفتيش ولا يترتب البطلان ذلك أن القانون لم يجعل حضور المتهم التفتيش الذى يجرى فى مسكنه شرطاً جوهرياً فى صحته .

« الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ٤٧ جلسة ١٩٦٧/٦/٥ » .

٣- تفتيش جسم المتهم :

يقوم مأمور الضبط القضائى بتنفيذ الإذن بتفتيش الشخص المراد تنفيذ الأمر عليه ويثور فى الاحوال العملية رفض الشخص المراد تفتيشه فيضطر مأمور الضبط إلى استعمال الإكراه مع الشخص المراد تفتيشه فإذا كان هذا الإكراه الذى وقع على المتهم بالقدر المناسب لاكتساب الدليل فلا تثريب على مأور الضبط فى ذلك ما دام الاكراه الذى وقع على المتهم كان بالقدر اللازم لانتزاع المخدر فلا بطلان فى التفتيش .

« الطعن رقم ٤٤ لسنة ٢٦ جلسة ٥٦/١/١٩ » .

« الطعن رقم ١٣٣٩ لسنة ٣٦ جلسة ٥٧/٣/١٩ » .

وأحياناً يقوم المتهم بإخفاء جسم الجريمة فى جسمه شخصياً فان الإذن من النيابة بإستخراج المخدر مثلاً من مكانه يصبح هذا الإذن صحيحاً .

أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٤٦ أن يكون تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى مثلها التى ينتدبها مأمور الضبط

ويجب على مأمور الضبط القضائى أن يثبت إسم الأنثى التى قامت بالتفتيش ومناط أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى مثلها أن يكون مكان التفتيش من المواضع الجسمانية التى لا يجوز لرجل الضبط القضائى الاطلاع عليها أو مشاهدتها باعتبارها من عورات المرأة التى تخدش حياءها .

« وهذا ما استقرت عليها محكمتنا العليا فى أحكامها » .

« الطعن رقم ٤٩/١٤٣ جلسة ٧٩/٥/١٧ س ٢٠ ص ٥٨٨ »

« الطعن رقم ٤٥/١٠٦٨ جلسة ٧٥/١٠/١٩ س ٢٦ ص ٤٩٦ » .

« الطعن رقم ٤٢/٤٠٦ جلسة ٧٢/٥/٢٩ س ٢٣ ص ٨٢٥ » .

٥- ما يوجبه التفتيش المأذون به :

يجب على مأمور الضبط القضائى بعد صدور الإذن عليه بإجراء التنفيذ وعند تنفيذ الأمر بذلك أن يقوم بعمل محضر إجراءات التفتيش ولكن فى إغفال مأمور الضبط القضائى عمل هذا الإجراء لا يرتب للبطلان ويكون لمأمور الضبط القضائى القبض على المتهمين وتفتيشهم وضبط ما يعثر عليه بمتعلقاته ولو لم يكن لها صلة بالأمر الذى حصل بموجبه دخول المنزل من أجله ، ذلك أن الغرض من تحرير محضر بإجراءات التفتيش كما يدل عليه سياق المادة ٥٥ من قانون الإجراءات الجنائية هو تدوين ما عسى أن يبديه المتهم من ملاحظات على الأشياء المضبوطة .

يراجع ذلك حكم النقض رقم ٤٤١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٥٧/٦/١ .

وأحياناً وعند قيام مأمور الضبط القضائى بإجراء التفتيش لإكتشاف جريمة ما فإنه وعند محاولة العثور على هذا الشئ المراد التفتيش من أجله فإن مأمور الضبط القضائى يكتشف جريمة أخرى .

فإذا هو تبين أثناء هذا التفتيش إكتشاف جريمة أخرى فإن من واجب مأمور الضبط ضبط ما كشف عنه ولا بطلان فى إكتشاف هذه الجريمة وتقديمها إلى جهة الاختصاص .

القسم الثانى

إختصاص مأمور الضبط القضائى بإجراء التفتيش فى غير حالات الإذن

اولاً : ما لا يعد تفتيشاً .

ثانياً : التفتيش الإدارى ..

ثالثاً : أحوال التلبس .

رابعاً : التفتيش فى أحوال الإستيفاف والتخلى .

خامساً : الرضا بالتفتيش .

اولاً : ما لا يعد تفتيشاً

التفتيش فى ملابس المتهم فى جسده أو فى مسكنه هو التفتيش الذى يعد من إجراءات التحقيق وهو الذى يوجب الإذن القضائى طبقاً لنص المادة ٣٥ ، ٤٦ إجراءات . غير أن هناك حالات يدق فيها عمل مأمور الضبط القضائى ويقوم بإجراء التفتيش وفى هذه الحالة لا يلزم إذن التفتيش لأن ما يقوم به مأمور الضبط القضائى لا يعد تفتيشاً بمفهوم التفتيش القضائى وذلك علىُ سبيل المثال .

أن يقوم مأمور الضبط القضائى بالبحث فى محتويات سلة بعد سقوطها فى الطريق العام ذلك لأن ذلك ضرباً من ضروب التحرى عن مالكها وكذلك تفتيش المزارع غير المتصلة بالمساكن لأن القانون أراد حماية المسكن فقط فتفتيش المزارع بدون إذن لا غبار عليه إذا كانت غير متصلة بالمساكن .

« جلسة ١٩٤٢/٦/١ طعن ١٠١٥ لسنة ١٢ق » .

كذلك ما يقوم به رجال الإسعاف من البحث فى جيوب الشخص الغائب عن الصواب فهو لا يعد تفتيشاً بالمعنى الذى قصده الشارع .

« طعن رقم ٧٣٥ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٦/١/١٠» .

وكذلك إذا كانت السيارة فى الطريق العام وكان ظاهر الحال يشير إلى تخلى صاحبها عنها .

« الطعن رقم ٢٩/١٧٤٧ق جلسة ١٩٦٠/٤/٤ » .

ثانياً : التفتيش الإدارى :

سمح القانون بإجراء التفتيش الإدارى لأغراض إدارية متعددة بغير وجود الدلائل الكافية وبغير رغبة تعزيز هذه الأدلة وفى إجراء قبل هذا التفتيش دون إذن من النيابة العامة كقيام جنود خفر السواحل ورجال الجمارك عند الإشتباه عن كل ما يكون مهرباً أو ممنوعاً ولو عن طريق تفتيش الأمتعة والمنقولات فمهما كان نوعها فى حدود الدائرة الجمركية فإذا هم عثروا أثناء التفتيش الذى يجرونه على دليل يكشف عن جريمة غير جمركية يعاقب عليها فى القانون العام فإنه يصح الإستدلال بهذا الدليل أمام المحاكم فى تلك الجريمة لأنه ظهر أثناء اجراء مشروع فى ذاته .

« جلسة ١٩٥٠/٥/١٧ طعن رقم ٥٥٢/ ٢٠ق » .

وكذلك تفتيش المحبوسين حبساً إحتياطياً عند دخولهم السجن صحيح وذلك على ما هو مفهوم من نصوص القانون من أن لفظ مسجون يطلق على المحبوسين إطلاقاً سواء كان الحبس إحتياطياً أم كان تنفيذياً .

« جلسة ١٩٤٨/١/١٧ طعن رقم ١٧/٢٢٢٣ق » .

ثالثاً : التفتيش فى احوال القبض والتلبس :

تنص المادة ٣٠ من قانون الإجراءات « تكون الجريمة متلبساً بها حال إرتكابها أو عقب إرتكابها ببرهة يسيره وتعتبر الجريمة متلبساً بها اذا تبع الجانى المجنى عليه مرتكبيها أو تبعه العامة مع الصياح إثر وقوعها وإذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقاً أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها أو إذا وجدت فى هذا الوقت أثار علامات تفيد ذلك .

وعلى ذلك وطبقاً لهذه المادة فإن القانون أباح ومنح لمأمور الضبط القضائى إلى القيام بكافة الإجراءات والتى كان يلزم لها الإذن القضائى من تفتيش وذلك خوفاً من ضياع الدليل وحصر أدلة الجريمة .

وعلى ذلك فإنه يقصد بالتلبس طبقاً لنص المادة ٣٠ ق من قانون الإجراءات الجنائية قيام مأمور الضبط بإجراء ضبط الجريمة عند :

- مشاهدة الجريمة حال إرتكابها .
- أو عقب إرتكابها ببرهة يسيرة .
- أو كان الجانى يحمل أشياء يستدل منها على أنه هو مرتكب الجريمة أو شريكاً فيها .
- أو إذا وجدت بمرتكب الجريمة أثار أو علامات يستدل فيها على أنه فاعل أو شريك فيها .

أى أن التلبس حالة تتعلق بالجريمة واكتشاف هذه الجريمة والمشاجرة الفعلية لحظة ارتكاب الفعل أو التقارب الزمنى هذا هو الذى يحدد حالة التلبس .

ومتى توافرت إحدى حالات التلبس طبقاً لنص المادة ٣٠ من قانون الإجراءات فيجوز لمأمور الضبط القضائى القبض على المتهم وتفتيش المتهم . والقبض والتفتيش إجراء من إجراءات التحقيق بحسب الأصل . وعلى ذلك تتحدد حالات التلبس فى حالات خمس :

الحالة الأولى : اكتشاف الجريمة حال ارتكابها وهى تمثل حالة التلبس بمعناه الحرفى أما باقى الصور منقولة فهى صور متنوعة من التلبس الاعتبارى .

« المرجع السابق د/ رؤف عبيد ص ٣٣٦ وما بعدها » .

وتتحقق حالة التلبس بمشاهدة الجريمة فى مجرى نفاذها وقد تكون بأية حاسة من الحواس كشم رائحة مخدر أو سماع صوت الأعيرة ثم مشاهدة الجانى المطلق هذه الأعيرة يجرى عدواً كل ذلك يؤكد وقوع حالة التلبس الذى يبيح لمأمور الضبط إجراء القبض والتفتيش

الحالة الثانية : مشاهدة الفعل الإجرامى بعد ارتكابه ببرهة يسيرة قد شاهد السارق خارجاً بالمسروقات من السكن أو مشاهدة الجانى مغادراً مكان الجريمة ولم يشاهد أحد الواقعة ذاتها ولكن كما قررت محكمة النقض :-

« أن آثارها لا زالت بادية تنبىء عن وقوعها ونارها لم تخمد بعد بل تخلفت عنها بقايا لازالت خامدة .

« نقض ٦٦/١٠/٤ س١٧ رقم ١٦٨ ص ٩١١ »

الحالة الثالثة : تتبع الجانى إثر وقوع الجريمة وهى لحظة وقتية أن يشاهد البعض ارتكاب الجانى الجريمة ويتبعه البعض فى عدو خلف هذا الشخص للإمساك به

وتقديمه إلى مأمور الضبط القضائى للقبض عليه وتفتيشه ولا يلزم عند القبض على المتهم أن يكون الذين يقبضوا على المتهم هم الذين شاهدوا الجريمة .

الحالة الرابعة : وجود الجانى بعد وقوع الجريمة حاملاً أشياء يستدل منها على أن هذا الشخص هو الجانى أو شريك فى ارتكاب الواقعة . وهذه الأشياء التى يحملها المتهم عقب الجريمة تثبت فى ذات نص المادة - آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراق أو أشياء أخرى . ولابد أن تكون هناك علامة واقعة أو مترابطة بين هذه الأشياء أو الآلات والمتهم أما إذا انتفت هذه العلامة فلا يجوز لمأمور الضبط القضائى إجراء التفتيش أو القبض على المتهم .

الحالة الخامسة : أن توجد بالمتهم عقب وقوع الجريمة بوقت قريب آثار أو علامات يستفاد منها أن هذا الشخص إما فاعلاً أصلياً أو شريكاً فى ارتكاب واقعة إجرامية .

كأن يشاهد الشخص وقد لطخت ملابسه بالدماء أو وجد المتهم وبه خدوش أو آثار حريق من جراء وجود المتهم بمحل الواقعة الإجرامية أو أن تكون به آثار من الخدوش أو الجروح أو الكدمات من نتيجة مقاومة الجانى . وعلى ذلك يتحدد الفترة الزمنية للتلبس فى الحالات الأربعة الأولى بمشاهدة الجريمة حال ارتكابها أو عقب وقوعها بفترة قصيرة أما أمر تحديد الفترة الزمنية المقررة للحالات الأربعة الأولى فقد اختلف فيها الفقهاء - فقرر البعض أن الفترة لابد وأن تكون يسيرة وقرر البعض أنها لا تزيد إلا على أربعة وعشرون ساعة بعد ارتكاب الواقعة وخلص أن تقدير ذلك تقديراً موضوعياً لا قانونياً .

« طعن رقم ١١١٩ س٢ ص٦٢٢ » .

وحتى يكون التلبس صحيحاً منتجاً آثاره القانونية والذى يبيح لمأمور الضبط القضائى اجراء التفتيش دون إذن من النيابة المختصة .

- أن يكون التلبس واقعاً قبل اجراءات التحقيق .
- أن يجرى اكتشاف الجريمة بوسيلة مشروعة .
- أن يتحقق مأمور الضبط بنفسه من ارتكاب الجانى الجريمة لا أن يكون ذلك عن طريق السماع من الغير .

رابعاً : التفتيش فى احوال الاستيفاف والتخلى

قد يقوم رجل الضبط بعمل إجراء ليس من إجراءات الضبط كأن يقوم بالاستيفاف مثلاً وعند الاستيفاف يقوم المتهم باخراج جسم الجريمة والقائه أو أن يشاهد المتهم رجال الضبط القضائى قادمين نحو مكان ارتكاب الجريمة أو للتفتيش فيها بناء على إذن قضائى فيقوم أحد الأفراد بالعدو والقاء مخدراً أو ما شابه ذلك فإن هذا التخلى الارادى من جانب شخص المتهم فإن ذلك يجيز لمأمور الضبط القضائى إجراء القبض والتفتيش .

« طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٢٧ جلسة ٧٧/٤/١٥ وطعن رقم ٦٩ لسنة ٢٨ » .

خامساً : الرضا بالتفتيش

إن تقدير رضاء المتهم بالتفتيش مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها ويجب أن يكون الرضا حاصل للتفتيش حراً وبعد العلم بظروف التفتيش وبأن من يريد إجراءه لا يملك إذن .

« طعن رقم ٨٩٢ لسنة ٩ق جلسة ١٩٣٩/٤/١٧ .

ويجوز إثبات الرضا بالتفتيش بشهادة رجل الضبط القضائى .

«طعن رقم ١٥٦٨ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤١/٦/٢»

كما أن هذا الرضا لا يشترط فيه إثبات بالكتابة كما أن الزوجة تعتبر وكيله عن زوجها والحائزة فعلاً للسكنه فى غيبته فلها أن تأذن بتفتيش المسكن فى غياب زوجها .

«الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٥٦/٤/٩»

ويجوز للوالد الذى يقيم بصفة مستمرة مع ولده فى منزل واحد أن يسمح بتفتيش المنزل .

«الطعن رقم ٢٦/٨١٤ ق جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٣»

الحل التشريعى لمشكلة الإرهاب

بقلم
مقدم. دكتور / محمد الغنام

تسعى الدول التى تعانى من الإرهاب إلى البحث عن طريق للخلاص ، وتتطلع لإيجاد حل لتلك المشكلة التى تترك آثاراً مدمرة على حياة الجماعة واستقرارها .

وأستطيع القول - من خلال دراسة واستعراض الظاهرة الإرهابية فى العديد من الدول - أن حل تلك المشكلة يمكن أن يأتى من خلال عدة طرق :

اولاً : أن يتوصل الإهاربيون إلى حل المشكلة على طريقتهم الخاصة ، أى من خلال نجاحهم فى تحقيق أهدافهم ، وبالتالى تخليهم عن العنف الذى لم يعد ضرورياً .

والواقع أن حل مشكلة الإرهاب بهذه الطريقة يصعب أن يتحقق ، فالإرهاب لا يستطيع أن ينتصر إلا إذا نجح فى التحول إلى ثورة شعبية عامة ، ومن الصعب عملياً أن تتوافر الظروف اللازمة التى يمكن فى ظلها أن يتحول الإرهاب إلى ثورة شعبية .

وعليه فان حل مشكلة الإرهاب من خلال انتصار الارهابيين يبدو فرضاً بعيد التحقق .

ثانياً: أن يُهزم الإرهابيون فيتخلوا عن العمل المسلح دون أن يبلغوا أهدافهم ، وهذا الفرض وإن كان أكثر احتمالاً من سابقه إلا أنه يبدو - مثله - صعب التحقق على الصعيد العملى ، إذ يستلزم حل مشكلة الإرهاب - على هذا النحو - أن يلقى الإرهابيون هزيمة كاملة على الصعيد العسكرى والفكرى .

ثالثاً: أن تتمكن الدولة من مطاردة الإرهابيين ، وحصر الإرهاب فى مناطق حدود الدولة ، وذلك من خلال عمل عسكرى مكثف ، ويمكن أن نجد أمثله لدول لجأت إلي هذا الحل فى أمريكا الجنوبية .

وإن كان مثل هذا الحل لا يكفل التخلص من الإرهاب ، وإنما إزاحته من داخل البلاد إلى أطرافها وحدودها ، كما أن هذا الحل العسكرى لا يعنى نهاية الإرهاب ، إذ أن بعض الإرهابيين سوف يلجأون إلى البلدان الأخرى ويستمرون من هناك فى القيام بعمليات إرهابية ضد مصالح الدولة الخصم وضد ممثليها ومبعوثيها الدبلوماسيين انتظاراً للفرصة المناسبة للعودة إلى القيام بالعمليات الإرهابية داخل الداخل الدولة الخصم نفسها .

رابعاً: يمكن الخلاص من الإرهاب عن طريق التوصل إلى حل سياسى يتضمن قبول بعض المطالب الأساسية والعادلة لجماعات وطوائف معينة من الشعب ، وهو ما يؤدى إلى إزالة أسباب الخلاف الذى نشأ عنه الإرهاب ، ونزع الفتيل الذى أشعل نار الثورة والعصيان .

ولقد حقق هذا الحل السياسى نجاحاً باهراً فى حالات معينة ، منها مثلاً حالة إقليم ألتو أديچى Alto Adige (Sud tirolo) فى إيطاليا إذ أتاحت موافقة البرلمان الإيطالى عام ١٩٧١م على منح الإقليم الحكم الذاتى إنهاء الصراع المسلح واعمال الإرهاب التى شهدتها المنطقة .

إلا أن هذا النجاح الذى تحقق فى حالات معينة لا يجب أن يجعلنا نغفل عن أن هذا الحل السياسى لم يلق إلا نجاحاً محدوداً فى حالات أخرى كثيرة . وذلك بالنظر إلى أنه يوجد دائما بين الإرهابيين من يرفضون قبول أى حل وسط ، ويصرون على تحقيق أهدافهم كاملة . ويمكننا أن نجد مثال ذلك فى أسبانيا فرغم ما قامت به الحكومة الأسبانية لضمان قدر كبير من الحكم الذاتى لإقليم الباسك فإن بعض إرهابىّ منظمة « إيتا » رفضوا التخلى عن العمل المسلح إلا إذا تحققت أهدافهم كاملة باستقلال إقليم الباسك .

ومع ذلك يبقى لمثل هذا الحل السياسى فضل التخفيف من حدة العمل الإرهابى وتقليص التأييد الشعبى للإرهابيين .

خامساً: تلجأ كثير من الدول الديمقراطية إلى مواجهة الإرهاب من خلال القواعد القانونية وذلك باعتبار ان الأعمال الإرهابية تمثل جرائم خطيرة يجب مواجهتها من خلال القانون الجنائى .

ولقد حققت المواجهة التشريعية للإرهاب نجاحاً ملحوظاً وأسهمت بصورة أساسية فى التصدى للإرهاب ولعل أوضح الأمثلة على ذلك ما حدث فى إيطاليا حيث لعبت الأداة التشريعية دوراً حاسماً فى التصدى والقضاء على الموجة الإرهابية العاتية التى شهدتها إيطاليا منذ أواخر الستينات .

ولكن - ومع ذلك - فإن الأداة التشريعية لا تقوى بمفردها على إيجاد حل كامل لمشكلة الإرهاب ، إذ سوف يبقى دائما إرهابيون لم تستطع يد العدالة أن تصل إليهم أو هؤلاء الذين بالرغم من توصل العدالة إليهم وإدانتهم فإنهم يصرون على اختيارهم لطريق العمل الإرهابى سواء من داخل السجن (من خلال توجيه وتخطيط العمليات الإرهابية) ، أو بعد خروجهم من السجن .

سادساً: يقدم لنا علم التربية طريقاً آخر للخلاص من الإرهاب ، فمن خلال تكاتف القوى السياسية الديمقراطية ووسائل الإعلام والنقابات المهنية ورجال الدين والجامعات والمدارس وكل المؤسسات الوطنية على تأكيد الديمقراطية ، ورفض العنف وغرس تلك القيم والمفاهيم فى نفوس النشىء والشباب فإنه يمكن تجنب وقوع عدد كبير من الشباب فى براثن الإرهاب .

ومع ذلك يبقى واضحاً ان مثل هذا الطريق للخلاص من الإرهاب هو طريق طويل جداً يكتنفه العديد من الصعوبات البالغة ، ولا يعطى نتائج إلا على المدى الطويل وبصورة تدريجية .

إذا استبعدنا الحلين : الأول والثانى حيث يمثلان حالتين خاصتين استثنائيتين ، وإذا استبعدنا بالمثل الحل الثالث حيث لا يصلح تطبيقه إلا فى بلاد معينة وفى ظل ظروف خاصة ولا يتجاوز أثره تغيير مكان الصراع ، فإنه يبقى لنا أن نبحث عن حل مشكلة الإرهاب فى نطاق الحلول الثلاثة الأخيرة المتبقية .

ونستطيع أن نقرر - فى هذا الخصوص - ان أيا من تلك الحلول لا يكفى بمفرده لعلاج مشكلة الإرهاب ، إذ لا تقوى وسيلة واحدة على تقديم حل مرض لمشكلة بمثل تعقد وتشعب مشكلة الإرهاب .

وعليه يصبح من الضرورى أن تجتمع عدة وسائل ، وأن تتضافر الكثير من الجهود لحل تلك المشكلة ، فحل مشكلة الإرهاب لابد أن يكون متعدد الجوانب بحيث يشمل الحل السياسى ، والمواجهة القانونية ، والحل القائم على أسس علم التربية .

وفى إطار الحل متعدد الجوانب لمشكلة الإرهاب يبرز الحل التشريعى حيث اعتمدت كل الدول الديمقراطية التى عرفت الإرهاب بدرجة كبيرة فى مواجهته على التشريعات والقواعد القانونية ، وأن المواجهة التشريعية قد لعبت دوراً فعالاً فى التصدى لظاهرة الإرهاب . كذلك فقد لجأت تلك الدول إلى اتباع سياسة تشريعية مميزة فى مواجهة الجرائم الإرهابية تمثلت فى تخصيص الجريمة الإرهابية بنصوص وقواعد قانونية خاصة تلائم ذلك النوع الخاص من أنواع الإجرام وتستطيع مواجهة التطورات والأشكال الجديدة للعمل الإرهابى ، كما اعتمدت التشريعات الحديثة فى مواجهة الإرهاب على اتباع سياسة تشريعية مزدوجة تقوم على الردع - من جانب - وعلى التشجيع والمكافأة من جانب آخر وقد حققت تلك السياسة المزدوجة نجاحاً واثبتت فعالية .

ورغم هذا التطور فى مجال تشريعات مكافحة الإرهاب فمازال المشرع المصرى غائباً عن هذا الميدان حيث لا يعرف تشريعنا تخصيص الجريمة الإرهابية بقواعد خاصة ، ولا زالت السياسة التشريعية المزدوجة

لمكافحة الإرهاب - ورغم ما حققته من نتائج باهرة - لا تجد مكاناً فى تشريعنا .

الحجج المؤيدة لوجهة نظرنا حول ملاءمة إعمال السياسة التشريعية المزدوجة :

نستند فى تأييدنا وطمالبتنا بإعمال سياسة تشريعية مزدوجة فى مكافحة الإرهاب (تقوم من جانب على تغليظ العقاب على مرتكبى جرائم الإرهاب ، ومن جانب آخر على تقرير مكافأة تتمثل فى الإعفاء من العقاب أو تخفيفه لمن ينفصل عن العمل الإرهابى) إلى اعتبارات شرعية وقانونية وسياسية وعلمية .

اولاً : من الناحية الشرعية :

﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً ، أن يُقَتلوا أو يُصَلَّبوا أو تُقَطَّع أيديهم وأرجلهم من خلافٍ أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ، إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾

سورة المائدة آية رقم ٣٣

عرف التشريع الإسلامى السياسة التشريعية المزدوجة القائمة - من جانب - على تشديد العقاب - ومن جانب آخر - على المكافأة .

بل أكثر من ذلك فإن إعمال تلك السياسة تبدى أوضح ما يكون فى نوعية خاصة من الجرائم تقترب خصائصها من خصائص الجريمة الإرهابية وهى جريمة الحرابة وقطع الطريق وإخافة السبيل ، فمن أشهر السلاح فى فئة الإسلام ، وأخاف السبيل ثم ظفر به وقدر عليه فإمام المسلمين له فيه بالخيار إن شاء قتله وإن شاء صلبه ، وإن شاء قطع يده ورجله [(١)] .

ويبدو من تلك العقوبات تشدد الشارع الإسلامى وتغليظه للعقوبة فى تلك النوعية من الجرائم .

نستطيع أن نرصد من جانب آخر الاتجاه التشجيعى فى قوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ . وعليه فإذا تاب المحاربون قبل القدرة عليهم فإنه يسقط عنهم انحتام القتل والصلب وقطع الرجل وقطع اليد وعلى هذا جرى عمل الصحابة [(*)] .

ثانياً : من الناحية القانونية

لا يوجد أى تعارض بين الاتجاه التشديدى والاتجاه لتقرير مكافآت للإرهابيين التائبين ، فكلا الاتجاهين يتكاملان ويعملان فى تناسق لتدعيم الردع العام ، وإن كانت أداة الردع العام التى تكفلها قوانين التوبة من طبيعة مختلفة لأنها لا تحقق الردع العام من خلال « التخويف Intimidazione » ولكن من خلال « التشجيع وتقديم الحوافز Incentivazione » .

فلا يوجد أى تعارض بين تدعيم « التخويف » (أى التهديد بالعقوبة) وبين تقرير قواعد تشجيعية فكلا الأمرين يشكلان وجهين لعملة واحدة ، فبينما تساهم وسائل « التخويف » فى تحقيق الردع العام حيث إنها توجه إلى جميع أفراد المجتمع دون تمييز ، فإن وسائل التشجيع والتحفيز - التى تقدمها قوانين التوبة - تهدف إلي الحصول على انماط سلوك مفيدة اجتماعياً من الأفراد الذين تورطوا بالفعل فى العمل الإجرامى ، وبذلك تتكامل الآداتان لتحقيق الردع العام بصفة عامة .

(١) « *تفسير القرآن العظيم* » لابن كثير - *الجزء الثانى* - دار الجيل - بيروت ص ٤٨ .

(*) كان حارثة بن بدر التميمى من أهل البصرة وكان قد أفسد فى الأرض وحارب فكلم رجالاً من قريش منهم الحسن بن على وابن عباس وعبد الله بن جعفر فكلموا عليا فيه فلم يؤمنه فأتى سعيد بن قيس الهمدانى فخلفه فى داره ثم أتى عليا فقال : يا أمير المؤمنين أرأيت من حارب الله ورسوله وسعى فى الأرض فساداً فقرأ حتى بلغ : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ﴾ فكتب له عليا أمانا . (انظر ابن كثير - الجزء الثانى ص ٤٩ - ٥٠) .

والواقع فإن القواعد القانونية الخاصة بالتوبة ، ورغم أنها قد تبدو - للوهلة الأولى - أقرب لأن تكون أداة من أدوات الردع الخاص ، إلا أن النظرة المتأنية تكشف عن أن دور تلك القواعد كأداة للردع العام يغلب على دورها فى الردع الخاص . إذ تتميز بصورة واضحة عن الجوائز والمكافآت التى تشكل أدوات للردع الخاص والتى يعتبر هدف منع أو تخفيف الإخلال الناتج عن الجريمة أو تدعيم وظيفة القمع الجنائى هدفاً غريباً عنها حيث يقتصر دورها على تحقيق إعادة إدماج الجانى فى المجتمع من خلال نظام التأهيل النفسى التقليدى .

وإذا كانت الحاجة لتحقيق الردع العام يمكن أن تتحقق بصورة أفضل بإعمال القواعد المشددة جنباً إلى جنب مع القواعد المقررة للجوائز والمكافآت ، فإن الحاجة لتحقيق هذا الهدف فى مواجهة جرائم الإرهاب - بالذات - يعتمد بدرجة أكبر على اجتماع الأداتين التشديدية والتشجيعية ، ففى مواجهة ظاهرة معقدة مثل الإرهاب فإن كفالة ردع عام فعالاً لا تتأتى من خلال تدخل ذى جانب واحد وإنما تحتاج إلى تدخل متعدد الجوانب ، وعليه فإن تقرير المشرع لحالات الإعفاء من العقاب أو تخفيفه - بالنسبة للإرهابيين التائبين - إلى جانب قوانين القمع وتشديد العقاب إنما يمثل سياسة جنائية حكيمة فى مواجهة جرائم الإرهاب .

فإذا كان تشديد العقاب يبدو مفيداً من خلال دوره الإعلامى فى طمأنة وتهدئة الرأى العام الذى لابد وأن ينتابه الفزع من جراء الاعتداءات الإرهابية ، ومن خلال دوره كرمز يشير إلى جدية وحزم الدولة فى مواجهتها لجرائم الإرهاب ويعكس وعيها بمدى خطورة وجسامة تلك الجرائم ومدى أهمية المصالح المعتدى عليها ، وكذا من خلال دوره كأداة للردع العام تعمل لحماية الأخلاق وتدعيم الوعى بين أفراد المجتمع وتشكل مانعاً يحول دون تورط البعض فى العمل الإرهابى ، « وهى اعتبارات لا تستطيع أى سياسة جنائية منطقية أن تتغاضى عنها » .

فإنه يلاحظ - من جانب آخر - أن التصاعد والتشديد المستمر للعقوبات لا يسمح بتحقيق كل أهداف الردع العام بل وقد يحول دون تحققها ، فاذا أخذنا فى اعتبارنا أن تأثير تشديد العقاب على الإرهابيين وعلى اختيارهم للعمل الإرهابى يبدو محدوداً ، حيث أن فئة الإرهابيين تتسم بضعف الحساسية تجاه سياسة الزجر من خلال تشديد العقاب ، فأقصى العقوبات وهى عقوبة الإعدام قد لا تخيفهم ، فالموت يحولهم من أفراد من عامة الشعب إلى أبطال ومن مجرد أشخاص إلى رموز ، هذا فضلاً عن أن تشديد العقاب يدفعهم إلى الاستماتة فى مقاومة رجال الأمن .

وهكذا نجد أن تصاعد الإرهاب وسياسة الاقتصار على تشديد العقوبات لا يعملان فى اتجاهين متضادين دائماً ، وإنما ينتهيان - فى كثير من الحالات - ليعملاً فى نفس الاتجاه ولخلق وضع يضر بأمن واستقرار المجتمع

وعليه فإن إدخال قوانين التوبة ضمن تشريعات مواجهة الإرهاب تشكل عنصراً أساسياً لا غنى عنه لضمان فاعلية المكافحة التشريعية لتلك الظاهرة .

ولقد أدركت معظم دول العالم التى تعرضت أو تتعرض لأعمال إرهابية ضرورة إدخال تشريعات وقوانين للتوبة والعفو فلجأت إيطاليا إليها وأعملتها بتوسع وحذت حذوها فى ذلك - وإن كان بدرجة أقل - فرنسا واسبانيا ، ولم يقتصر اللجوء إلى ذلك النوع من القوانين على الدول التى تتبع النظام القانونى اللاتينى ، بل عرفته أيضاً الدول ذات النظام الانجلوساكسونى فأخذت به المملكة المتحدة وتوسعت فى تطبيقه وإعماله بالنسبة للإرهابيين التائبين الذين يتعاونون مع السلطات (Superglass) .

وفضلاً عن كل ما سبق فإن القواعد القانونية الخاصة بالتوبة - والتى عرفتها العديد من التشريعات فى كثير من المجالات وبصفة خاصة فيما يتعلق بمكافحة الإرهاب - تمثل تحولاً ملحوظاً فى الفكر القانونى المعاصر ، إذ تشكل انتقالاً من المحور الموضوعى القائم على درجة جسامة الجريمة إلى المحور الشخصى المؤسس على إمكانية أو مدى احتمال ابتعاد الجانى عن ماضيه الآثم وقابليته للإصلاح .

ثالثاً: الاعتبارات السياسية

تتضمن السياسة التشريعية الحديثة المزدوجة المؤسسة على الردع والمكافأة مغزى ومعنى جدير بالتقدير على الصعيد السياسى ، فهو يعنى أن الدولة قد تجاوزت السياسة القصيرة النظر والتى تعتبر العمل العسكرى والشرطى هو الأسلوب الوحيد لمواجهة التحدى الإرهابى.

كما أن قوانين التوبة تساعد فى خلق « أزمة سياسية » داخل الجماعات والمنظمات الإرهابية ، إذ تعكس صَفح الدولة الديمقراطية ورغبتها فى المصالحة ، وحرصها على استعادة من ضل الطريق من مواطنيها وإعادته إلى نطاق الشرعية ، وهو الموقف الذى لابد وأن يلقى قدراً - حتى ولو كان محدوداً - من الاستجابة والتجاوب من بعض أعضاء المنظمات الإرهابية مع ما يستتبعه ذلك من انعكاس هذا التجاوب فى صورة خلاف سياسى داخل تلك المنظمات .

كذلك فإن انفصال الإرهابيين وتعاونهم مع العدالة لا يمثل فقط نجاحاً من الناحية القانونية ولكنه يعكس بالمثل نجاحاً سياسياً ، فالتوبة تجد قيمتها من الناحية السياسية فى النقد الذاتى من جانب التائب لماضيه الإرهابى ، كما أن انفصال بعض الإرهابيين عن العمل الإرهابى وتعاونهم مع العدالة يمكن أن يثير الكثير من الشكوك عند عامة الشعب حول مصداقية الإرهابيين وصحة مزاعمهم ، وهو ما يعنى - على الصعيد السياسى - توجيه لطمة قاسية لمستقبل العمل الإرهابى .

رابعاً: الاعتبارات العملية

إذا كان تأييدنا لتبنى سياسة تشريعية مزدوجة فى مكافحة الإرهاب يجد بعض دواعيه فى الاعتبارات القانونية والسياسية التى عرضنا لها فإن الحاجة العملية أيضاً تملى اتباع تلك السياسة المزدوجة التى لا تقتصر على الردع وإنما تفسح حيزاً كبيراً للمكافأة والتشجيع .

فوجود قوانين تفتح أمام الإرهابيين أبواب التوبة يشكل ضغطاً نفسياً على أعضاء المنظمات الإرهابية حيث يجدون فيها فرصة للخروج عن العمل المسلح ، كذلك فإن تلك القوانين تستغل لحظات الضعف التى يمكن أن تنتاب أى إنسان مهما كانت درجة اعتقاده فى مبادىء معينة أو إخلاصه لها فضلاً عن أنها تشكل عامل إغراء للأشخاص المترددين ممن تورطوا فى العمل الإرهابى إذ تتيح لهم فرصة التراجع .كذلك فإن وجود قوانين التوبة يمكن أن يثير داخل المنظمات الإرهابية حالة فى الشك ، وعدم الثقة المتبادل بين أعضائها ، مما يساهم فى زرع بذور الشقاق والخلاف داخلها وبالتالى إضعافها والحد من قدرتها .

كل هذا فضلاً عن المعلومات الهامة التي يمكن أن تحصل عليها الشرطة من الإرهابيين التائبين الراغبين فى الاستفادة من قوانين التوبة .

المعاملة الضريبية لشركات قطاع الأعمال العام

الأستاذ / حكيم اسكندر منصور
المحامى بالنقض

صدر القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام ، ونص فى مادته الثالثة عشر على أن ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره ، وقد نشر بالجريدة ، بالعدد رقم ٢٤ مكرر بتاريخ ١٩ يونيه ١٩٩١ وعلى ذلك فإن العمل به قد بدأ من يوم ١٩ يوليه ١٩٩١ :

وقد نص فى مادته الثانية عشر على أن يصدر رئيس مجلس الوزراء اللائحة التنفيذية للقانون المرافق خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل به وقد صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٩٠ لسنة ١٩٩١ باصدار اللائحة التنفيذية المشار إليها ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد رقم ٤٤ (تابع) بتاريخ ٣١ أكتوبر ١٩٩١ .

وقد تضمن القانون المذكور ولائحته التنفيذية القواعد المنظمة لطائفتين من شركات قطاع الأعمال هما :

- شركات قطاع الأعمال العام القابضة .
- شركات قطاع الأعمال العام التابعة .

وقد اشتمل القانون واللائحة على القواعد الخاصة بتأسيس الشركات ومجلس الإدارة والجمعية العامة والنظام المالى للشركة ومراقبة حساباتها وقد اشتملت القواعد الخاصة بالشركات التابعة إلى جانب القواعد المذكورة على القواعد الخاصة برأس مال الشركة واسهمها .

كما تضمن القانون أحكاماً عامة بشأن اندماج وتقسيم وانقضاء وتصفية الشركات القابضة والشركات التابعة لها ، وكذا بشأن قواعد التحكيم ، ونظام العاملين فيها والعقوبات المقررة على مخالفة أحكامه .

وفى مجال التعرف على المعاملة الضريبية لشركات قطاع الأعمال العام فإنه يتعين - فى رأينا - دراسة الوضع قبل صدور القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ولائحته التنفيذية ثم الوضع بعد صدوره بالنسبة لكل من شركات قطاع الأعمال القابضة وشركات قطاع الأعمال التابعة .

اولاً : قبل صدور القانون

كان الوضع قبل صدور القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ يتمثل فى هيئات القطاع العام وشركات القطاع العام التابعة لهذه الهيئات والتى كانت خاضعة لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ .

وكانت المعاملة الضريبية لهيئات القطاع العام قاصرة على ما تزاوله من نشاط يخضع للضريبة فى حكم البند رقم (٤) من المادة رقم ١١١ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ والذى يتخذ صورة مشاركة هذه الهيئات فى بعض المشروعات التى تكسبها حقاً فيما تحققه من أرباح كمشاركة الهيئة المصرية العامة للبترول مثلاً للشركات التى تعمل فى مجال البحث والتنقيب عن البترول بموجب الاتفاقيات التى تعقدها الحكومة لهذا الغرض والتى تنص فى حالة اكتشاف البترول بشكل تجارى على تكوين شركة بين الهيئة المذكورة والشركة المنقبة عن البترول تقتسم بموجبها الهيئة مع شركة البترول الناتج وتتصرف فيه بما يحقق لها من ذلك ايراداً يخضع صافيه للضريبة بالشروط والأوضاع التى تبينها اتفاقية الامتياز البترولى وأحكام القانون رقم١٥٧ لسنة ١٩٨١ التى لا تتعارض معها ذلك لأن اتفاقيات البترول تعرض على مجلس الشعب لاقرارها وتصدر بمرسوم بقانون يصدره رئيس الجمهورية وتكون لأحكامها قوة القانون فيما يتعلق بالمعاملة الضريبية لطرفيها استثناءً من قوانين الضرائب التى تتعارض احكامها معها .

أو يتخذ ذلك صور أخرى كتلك التى تنشأ عن ابرام بعض الهيئات كهيئة كهرباء مصر وهيئة المواصلات السلكية واللاسلكية وهيئة سكك حديد مصر وهيئة ميناء أسكندرية وغيرها من الهيئات من عقود مع بعض الشركات الأجنبية على توريد معدات أو أجهزة أو تنفيذ مشروعات معينة ينص فيها على التزام الهيئة بالضرائب التى تستحق فى مصر على الشركة المنفذة للعقد كلياً أو جزئياً والتى يترتب عليها فى حالة اقرار مصلحة الضرائب لهذا الاتفاق حلول الهيئة محل الشركة المتعاقد معها فى دين الضريبة التى تستحق على الربح

المحقق وفقاً لقواعد حوالة الدين المقررة بالمواد ٣١٥ ومابعدها من القانون المدنى ، أو قواعد انقضاء الالتزام بمقابل الوفاء بالتحديد أو الإنابه المقررة بالمواد ٣٥٢ ومابعدها من القانون المدنى على النحو المبين تفصيلاً فى بحثنا عن هذا الموضوع بعنوان الطبيعة القانونية لاتفاق الممول مع غيره علي تحمل دين الضريبة المنشور بمجلة المحاماه العددان الأول والثانى - يناير وفبراير ١٩٩٢ السنة الثانية والسبعون صفحة ١٢١ - ١٣٧ .

وهو ما يترتب عليه انتقال الالتزام بدين الضريبة إلى الهيئة وتنتقل العلاقة بشأنه مع مصلحة الضرائب اليها حيث توجه لها إجراءات الربط والأداء للضريبة أما فى الأحوال التى تقتصر فيها الهيئة على مجرد الاشراف على الشركات التابعة لها فإنه لا ينشأ عن ذلك علاقة بينها وبين مصلحة الضرائب وبالنسبة لشركات القطاع العام فقد كانت تخضع للضريبة بحكم البند رقم ٢ من المادة ١١١ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ كما كانت مرتبات ومكافآت رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة فى كل من هيئات القطاع العام وشركات القطاع العام تخضع للضريبة على المرتبات بنص الفقرتين ١ ، ٣ من المادة ٥٥ من القانون سالف الذكر كما كانوا يخضعون للضريبة العامة على الدخل بنص المادة ٩٥ من القانون .

ثانياً : بعد صدور القانون

نصت المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام على أن تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التى تشرف عليها هذه الهيئات وذلك اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون ودون حاجة إلى أى إجراء آخر وقد كان تاريخ العمل بهذا القانون - كما سبق البيان - فى ١٩ يوليو ١٩٩١ أى أنه فى ذلك التاريخ تحولت هيئات القطاع العام إلى شركات قابضة وتحولت الشركات التى كانت تشرف عليها هيئات القطاع العام إلى شركات تابعة ومن ثم يمكن القول بأن ما كان قبل صدور القانون يعرف بهيئات القطاع العام وشركات القطاع العام التى تشرف عليها أصبح بعد صدور القانون فى شكل شركات قطاع أعمال قابضة شركات قطاع أعمال تابعة وتكون المعاملة الضريبية بالنسبة لكل من هاتين الطائفتين تسند إلى اعتبارين أحدهما واقعى والثانى قانونى وسنعرض لكل من هذين الاعتبارين على النحو التالى :

١ - الاعتبار الواقعى :

إن الضريبة لا تنشأ إلا بتوافر الواقعة المنشئة لها وهى واقعه تحقق الربح بمعنى أن الضريبة تدور وجوداً أو عدما مع الربح وعلى ذلك فإنه حيثما يكون فى الإمكان تحقيق ربح ما يخضع للرضيبة فإنه يؤدى إلى وجود علاقة ضريبية بين الشركة وبين مصلحة الضرائب على أن قاعدة تحقق الربح لا تعد واقعة منشئة للضريبة على اطلاقها فقد يتحقق ربح دون أن تصيبه الضريبة وذلك كالأحوال التى أعفى فيها المشرع الضريبى أرباح بعض المشروعات من الضريبة على النحو المبين بالمادة ١٢٠ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضريبة على الدخل أو أرباح المشروعات التى تنشأ فى ظل قانون استثمار المال العربى والأجنبى الذى يعفى أرابحها من الضريبة لمدد معينة خمس أو عشر سنوات وكذلك المشروعات التى تنشأ فى المدن العمرانية الجديدة إلى غير ذلك من المشروعات المعفاه من الضريبة بنصوص خاصة يضيق المجال عن حصرها على أنه يمكن القول باستثناء الحالات المتقدم ذكرها فان الضريبة تنشأ بتوافر الواقعة المنشئة لها وهى واقعة تحقق الربح .

وللتعرف على المعاملة الضريبية لكل من شركات قطاع الأعمال العام القابضة وشركات قطاع الأعمال التابعة فانه يتعين الوقوف على مدى امكانية تحقيق هذه الشركات للربح .

بالنسبة لشركات قطاع الأعمال القابضة :

تنص المادة الأولى من القانون المرافق على أن تأخذ الشركة القابضة شكل شركة المساهمة وتعتبر من أشخاص القانون الخاص ، ويحدد القرار الصادر بتأسيسها ، اسمها ومركزها الرئيسى ومدتها والغرض الذى انشئت من أجله ورأس مالها .

وتنص المادة الثـانيـة من القـانون المذكـور على أن تتولى الشركة القابضة من خلال الشركات التابعة لها استثمار اموالها ، كما يكون لها عند الاقتضاء أن تقوم بالاستثمار بنفسها كما نصت على أن للشركة أيضا فى سبيل تحقيق اغراضها القيام بالأعمال الآتية :

- تأسيس شركات مساهمة بمفردها أو بالاشتراك مع الاشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد
- شراء اسهم شركات المساهمة أو بيعها أو المساهمة فى رأس مالها .
- تكوين وإدارة محفظة الاوراق المالية للشركة بما تتضمنه من أسهم وصكوك تمويل وسندات وأية أدوات أو أصول مالية أخرى .
- اجراء جميع التصرفات التى من شأنها أن تساعد فى تحقيق كل أو بعض أغراضها .

وظاهر من هذه النصوص أن القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ قد أعطى شركات قطاع الأعمال العام القابضة مكنة الاستثمار وتحقيق الربح وبالتالى ما ينشأ عن ذلك من الالتزام بالضريبة المستحقة عنه وما يستلزمه وذلك من أن يكون لها ميزانية وحسابات ختامية تستند إلى سجلات يثبت فيها وقائع هذا الاستثمار وما اسفر عنه من نتائج يوضحها حساب الأرباح والخسائر يتم عرضها على الجمعية العامة للشركة للتصديق عليها والموافقة على توزيع الأرباح على النحو المبين فى المادة العاشرة من القانون .

ولما كانت هذه الشركات تعد من أشخاص القانون الخاص فإنه يسرى عليها ما يسرى على هؤلاء الأشخاص من الإلتزام بتقديم الإقرارات الضريبية فى نهاية كل سنة مالية وأداء الضريبة المستحقة من واقعها كما تخضع لأجراءات الفحص والربط الذى تجريه مصلحة الضرائب نتيجة مراجعة حساباتها واقراراتها كما يكون لها حق الاعتراض والطعن على ما تجريه المصلحة من تعديلات أو تصحيح للإقرار .

بالنسبة لشركات قطاع الاعمال العام التابعة :

لما كانت هذه الشركات قد حلت محل شركات القطاع العام التى كانت قائمة قبل صدور القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ وكانت هذه الشركات تستثمر أموالها فيما يعود عليها بالربح فهى تشترك فى مجال الاعتبار الواقعى للخضوع للضريبة - مع شركات قطاع الأعمال العام القابضة فى أنه يتوافر لديها مكنة الاستثمار وتحقيق الربح وبالتالى توافر الواقعة المنشئة للضريبة يضاف إلى ذلك ما ورد فى المادة ٣٢ من القانون من أن الأرباح الصافية للشركة هى الأرباح الناتجة عن العمليات التى باشرتها الشركة وذلك بعد خصم جميع التكاليف اللازمة لتحقيق هذه الأرباح وتجنيب كافة الاهلاكات والمخصصات التى تقضى الأصول المحاسبية بحسابها وتجنيبها قبل اجراء أى توزيع بأى صورة من الصور للأرباح .

ومفاد ذلك أن الشركات قطاع الأعمال العام التابعة تباشر نشاطاً يمكن أن يحقق لها ربح مما يخضع للضريبة وبالتالى فإنها تلتزم بامساك لنشاطها حسابات تثبت وقائع عمليات الاستثمار وما اسفرت عنه من نتائج تعبر عنها حساباتها الختامية ويعد من واقعها الاقرار الذى يقدم إلي مصلحة الضرائب وأداء الضريبة طبقاً له شأنها فى ذلك شأن اشخاص القانون الخاص كما تخضع أيضا إلي إجراءات الفحص والربط الذى تجريه مصلحة الضرائب على اقراراتها وما يستقر عنه ذلك من تعديلات وتصحيحات ويكون لها أيضا الاعتراض والطعن على ما تجريه المصلحة من ذلك .

٢ - الاعتبار القانونى :

ان المعاملة الضريبية لشركات قطاع الاعمال العام تستند إلى ما ورد فى القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ من أحكام تعد جسراً يؤدى إلى ماورد فى القانون رقم ١٥٧ لسنة١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل من أحكام ومن ثم تكون أحكام القانونين معاً هى الأساس القانونى للمعاملة الضريبية لشركات قطاع الأعمال العام .

- نصوص القانون رقم٢٠٣ لسنة ١٩٩١

نصت المادة الأولى من القانون المذكور باصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام على أن يعمل فى شأن قطاع الأعمال العام باحكام القانون المرافق ، ويقصد بهذا القطاع الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة لأحكام هذا القانون .

وتتخذ هذه الشركات بنوعيها شكل شركات المساهمة ويسرى عليها فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكامه ، نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

ونصت المادة السابعة من قانون الاصدار المذكور على أنه لا يجوز حرمان الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون من اية مزايا أو تحميلها بأية أعباء تخل بالمساواة بينها وبين شركات المساهمة الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ التى تعمل فى ذات النشاط .

وقد تضمن الفصل الرابع من الباب الأول من قانون شركات قطاع الأعمال العام فى المواد من رقم (١٢) إلى رقم (١٥) إحكام النظام المالى ومراقبة حسابات الشركة القابضة ، كما تضمن الفصل الخامس من الباب الثانى أحكام النظام المالى ومراقبة حسابات الشركة التابعة فى المواد من رقم (٣١) إلى رقم (٣٥) .

وأهم ما ورد في هذه الأحكام ما نص على أن يحدد النظام الأساسى بداية ونهاية للسنة المالية للشركة ، مع مراعاة بالنسبة للشركات التابعة السنة المالية للشركة القابضة التى تتبعها (المادتين ١٢ ، ٣١) .

وأن تعد الشركة القابضة قوائم مالية مجمعة تعرض اصول والتزامات وحقوق المساهمين وايرادات ومصروفات واستخدامات الشركة والشركات التابعة لها وفقاً للأوضاع والشروط والبيانات التى تحددها اللائحة التنفيذية (مادة ١٣) .

وقد نصت اللائحة التنفيذية على أن يكون اعداد هذه القوائم وفقاً للشروط والأوضاع والبيانات الواردة بالملحق رقم (٥) المرفق باللائحة التنفيذية لقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة (مادة ٣٣) .

وتضمنت الأحكام الخاصة بمراقبة الحسابات أن يتولى الجهاز المركزى للمحاسبات مراقبة حسابات الشركة وتقييم أدائها طبقاً لقانونه (المادتين ١٥ ، ٣٥ من القانون والمادة ٧٧ من اللائحة التنفيذية) .

ونصت اللائحة التنفيذية للقانون على أن تعرض قائمة نتائج أعمال تبين الإيرادات الفعلية والأنشطة المختلفة والمصروفات المتنوعة والفائض قبل الضرائب (مادة ٦٨/١) .

كما نصت على أنه يجب أن يتضمن التقرير الذى يعده مجلس الإدارة عن إنجازات الشركة ومركزها المالى البيانات الواردة بالملحق رقم (٤) « صحته رقم (١) » المرفق باللائحة التنفيذية لقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة (مادة ٧٣) .

وفيما يتعلق بأحكام الجمعية العامة الواردة فى الفصل الثالث من الباب الأول من القانون بالنسبة للشركات القابضة والواردة فى الفصل الرابع من الباب الثانى بالنسبة للشركات التابعة التى يمكن أن يكون لها انعكاس فى مجال المعاملة الضريبية فقد تضمنت النص على اختصاص الجمعية العامة العادية بالتصديق على تقرير مجلس إدارة الشركة والتصديق على الميزانية والحسابات الختامية للشركة والموافقة على توزيع الأرباح (المادتين ١٠ ، ٢٧) .

كما نصت اللائحة التنفيذية للقانون على أن تجتمع الجمعية العادية خلال سته أشهر من إنهاء السنة المالية للشركة للنظر فى مسائل من بينها تقرير مراقب الحسابات والتصديق على تقرير مجلس الادارة عن نشاط الشركة والتصديق على الميزانية وحساب الارباح والخسائر والحسابات الختامية للشركة (المادتين٢٢ ، ٦٣)

نصوص القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل :

نظم الكتاب الثانى من هذا القانون أحكام الضريبة على أرباح شركات الأموال وتضمن الباب الأول من هذا الكتاب أحكام نطاق الضريبة وسعرها فنص فى المادة ١١١ منه على أن تفرض ضريبة سنويه على صافى الأرباح الكلية لشركات الأموال المشتغله فى مصر أيا كان الغرض منها .

ومن بين الفئات المبينة فى البنود الأربعة التى نصت المادة المذكورة على أن تسرى الضريبة عليهم شركات المساهمة الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الواردة فى البند رقم ١ .

وتضمن الباب الرابع من الكتاب المذكور الأحكام الخاصة بتقديم الاقرارات الضريبية فنص فى المادة ١٢١ منه بأنه على الجهات المنصوص عليها فى البنود ١ ، ٣ من المادة ١١١ من هذا القانون أن تقدم إلى مأمورية الضرائب المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اقرار الجمعية العامة للحساب السنوى أو خلال ثلاثين يوماً من التاريخ المحدد فى نظام الشركة لتصديق الجمعية العامة عليه إقراراً مبيناً به مقدار أرباحها أو خسائرها حسب الأحوال معتمداً من أحد المحاسبين المقيدين بالسجل العام للمحاسبين والمراجعين طبقاً لأحكام القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٥١ بمزاولة مهنة المحاسبة والمراجعة مرفقاً به صوره من حساب التشغيل والمتاجرة والأرباح والخسائر وصورة من آخر ميزانية معتمدة وكشف ببيان الاستهلاكات التى اجرتها الشركة مع بيان المبادىء المحاسبية التى بنيت عليها جميع الأرقام الواردة فى الإقرار ويجب أن تكون جميع هذه الأوراق موقعة من المحاسب المشار اليه بما يفيد أنها تمثل المركز المالى الحقيقى للشركة وتؤدى الضريبة من واقع الإقرار فى الميعاد المحدد لتقديمه .

وقد بينت المادة ٥٩ من اللائحة التنفيذية للقانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ كيفية تقديم الإقرار وما يرفق به من أوراق ومستندات بالتفصيل وما يترتب على اعتماده من أحد المحاسبين المشار اليهم من آثار ووجوب أن يشمل تقريره عليها أيه مخالفات لأحكام القانون .

الجسر الذى يربط بين نصوص القانونين :

ان الجسر الذى يربط بين نصوص القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الاعمال العام ونصوص القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل . والذى يعد الأساس القانونى لخضوع شركات قطاع الأعمال العام للضريبة هو الشكل الذى نص قانون شركات قطاع الأعمال على أن تتخذه شركات هذا القطاع بنوعيها القابضة والتابعة وهو شكل شركات المساهمة وان يسرى عليها فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكامه نص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

ولم تتضمن نصوص قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ أى نص خاص كما لم يتضمن القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ أى نص يتعارض معه يمنع من أن يسرى على شركات قطاع الأعمال بنوعيها القابضة والتابعة ما يسرى على شركات المساهمة من أحكام المادة ١١١ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل وبالتالى يمكن القول بان شركات قطاع الأعمال العام تخضع للضريبة على أرباح شركات الأموال ، وأن الأساس القانونى لذلك هو أنها تندرج تحت الجهات المبينة فى البند (١) من المادة ١١١ من القانون المذكور باعتبار انها متخذة شكل شركات المساهمة الخاضعة للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

انواع المعاملة الضريبية لشركات قطاع الاعمال العام

متى كانت شركات قطاع الأعمال العام بنوعيها القابضة والتابعة تخضع للضريبة على أرباح شركات الأموال على النحو الذى خلصنا إليه فيما سبق فان المعاملة الضريبية لا تقتصر على هذا النوع من الضرائب فقط ، بل يترتب على ذلك وجود معاملات ضريبية أخرى تلتزم بها بالتطبيق لأحكام القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وغيره من القوانين الأخرى .

وعلى كل حال فان المعاملة الضريبية لهذه الشركات تكون فيما يتعلق بالتزاماتها الضريبية كممول للضريبة أو فيما يتعلق بالتزاماتها القانونية كمحصل للضريبة من غيرها من الممولين .

التزامات شركات قطاع الاعمال العام كممول للضريبة

١ - الضريبة على ارباح شركات الاموال :

تلتزم شركات قطاع الأعمال بنوعيها القابضة والتابعة بالضريبة على ارباح شركات الأموال باعتبارها

فى شكل شركات المساهمة وهذه الضريبة تؤخذ على أرباح الشركة الصافية ويتحدد وعاءها على النحو المبين فى المواد من ١١٣ - ١١٨ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ مع مراعاة الاعفاءات الواردة فى المادتين ١١٩ ، ١٢٠ من القانون المذكور .

ويكون سعر الضريبة - طبقاً لنص المادة ١١٢ بواقع ٤٠٪ من صافى الأرباح الكلية السنوية للشركة وذلك فيما عدا :

(أ) ارباح الشركات الصناعية عن نشاطها الصناعى والأرباح الناتجة عن عمليات التصدير فيكون سعر الضريبة ٣٢٪ .

(ب) ارباح شركات البحث عن البترول وانتاجه من غير الجهات المنصوص عليها فى البند ٤ من المادة ١١١ من هذا القانون (الهيئات العامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة) فيكون سعر الضريبة بالنسبة ٤٠,٥٥٪ .

٢ - رسم تنمية الموارد

تلتزم شركات قطاع الأعمال العام أيضا بنوعيها القابضة والتابعة بأداء رسم تنمية الموارد المقرر بالقانون ٤٧ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته ويؤخذ هذا الرسم على ذات وعاء الضريبة على أرباح شركات الأموال فيما يجاوز ١٨٠٠٠ جنيه من الوعاء المذكور .

٣ - ضرائب الدمغة :

تلتزم أيضا هذه الشركات بأداء ضرائب الدمغة بالشروط والأوضاع الواردة فى القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠ وتعديلاته ومن بينها الضريبة النسبية على رأس المال بواقع ١٢. ٪ من قيمته حالياً .

٤ - الضريبة العامة على المبيعات

تسرى كذلك أحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون الضريبة العامة على المبيعات على شركات قطاع الأعمال العام حتى كانت من المكلفين بها فى المرحلة الأولى المطبقة حالياً وهم المنتج الصناعى والمستورد ومؤدى الخدمة .

فإذا كان نشاط الشركة يندرج تحت أى من هذه الفئات فأنها تخضع لهذه الضريبة أما إذا كانت تعمل فى تجارة الجملة فتدخل فى المرحلة الثانية لتطبيق القانون بالاضافة إلى الفئات الواردة فى المرحلة الأولى وإذا كانت تعمل فى تجارة التجزئة فتدخل فى المرحلة الثالثة مع باقى الفئات الواردة فى المرحلتين الأولى والثانية .

الالتزامات القانونية لشركات قطاع الأعمال العام

هناك التزامات قانونية يفرضها القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل تلتزم بها لا بوضعها ممول للضريبة ولكن بوضعها تلتزم بتحصيلها من الممولين الملتزمين بها وتوريدها إلي مصلحة الضرائب وسنعرض لهذه الالتزامات حسبما وردت في القانون المذكور ولائحته التنفيذية فى صدد الضرائب النوعية التى وردت بها هذه الالتزامات :

١ - الضريبة على ايرادات رؤوس الأموال المنقولة مقابل حضور الجمعيات العامة :

نص البند ٧ من المادة الأولى من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أن تسرى هذه الضريبة على مقابل الحضور الذى يدفع للمساهمين بمناسبة انعقاد الجمعيات العامة .

ويلاحظ على هذا النص أنه قصر الخضوع للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة على ما يدفع كمقابل حضور للمساهمين فى الشركة ذلك لأنه لم يكن يحق حضور الجميعات العامة للشركات المساهمة إلا للمساهم فيها بنص المادة ٥٩ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الذى يقضى بانه لكل مساهم الحق فى حضور الجمعية العامة للمساهمين بطريق الأصالة أو النيابة ولكن ما هو الوضع بالنسبة لأحكام الجمعية العامة الواردة فى القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ؟

صحيح أن هذا القانون قد نص على أن تتخذ الشركات المذكورة بنوعيها القابضة والتابعة شكل شركات المساهمة وأن يسرى عليها ما يسرى على هذه الشركات من أحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ إلا انه قيد ذلك بما يرد بشأنه نص خاص في القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ وبما لا يتعارض مع أحكامه .

فقد نص القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ فى شأن الجمعية العامة للشركات القابضة فى المادة التاسعة على أن تتكون الجمعية العامة للشركة على النحو التالى :

١ - الوزير المختص رئيساً .

٢ - أعضاء من ذوى الخبرة فى مجال الأنشطة التى تقوم بها الشركات التابعة للشركة القابضة لا يقل عددهم عن اثنى عشر ولا يزيد عن أربعة عشر من بينهم ممثل واحد على الأقل مرشحه الاتحاد العام لنقابات عمال مصر يصدر باختيارهم قرار من رئيس الوزراء ويحدد القرار ما يتقاضونه من بدل حضور وفقاً للقواعد التى تحددها اللائحة التنفيذيـة .

وقد نصت الفقرة الاخيرة من المادة ١٨ من اللائحة التنفيذية على أن ما يتقاضاه أعضاء الجمعية العامة من بدل حضور جلسات الجمعية لا يقل عن مائة جنيه ولا يزيد عن مائتى جنيه فى الجلسة الواحدة وذلك بحسب حجم نشاط الشركة وطبيعة أعمالها .

لما كان ذلك وكان القانون فى مادته الأولى قد نص على أن يصدر بتأسيس الشركة القابضة قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص ، ويكون رأسمالها مملوكاً بالكامل للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة ، فان أعضاء الجمعية العامة فى الشركات القابضة لا يكونوا من المساهمين ، فى حكم البند ٧ من المادة الأولى من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن سريان الضريبة على ايرادات القيم المنقولة على مقابل حضور الجمعيات العامة ، ومادام الأمر كذلك فما هى الضريبة النوعية التى تسرى على ما يتقاضاه أعضاء الجمعية العامة فى شركات قطاع الاعمال العام القابضة ؟ .

الرأى عندنا - انه بالنسبة لرئيس الجمعية فى هذه الشركات وهو الوزير المختص فى تطبيق قانون شركات قطاع الأعمال العام والذى حدده قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٩١ وهو الدكتور / عاطف صدقى رئيس مجلس الوزراء فان ما يتقاضاه عن مقابل حضور اجتماعات الجمعية العامة ما يسرى على ما يحصل عليه من مرتبه الوظيفى وهو الضريبة على المرتبات .

وبالنسبة لباقى أعضاء الجمعية الذين يتراوح عددهم بين اثنى عشر إلى اربعة عشر عضواً فقد نص كل من القانون واللائحة التنفيذية على أن يكون أحدهم من بين العاملين بوزارة المالية وواحد على الأقل يرشحه الاتحاد العام لنقابات العمال ومن ثم فإن أعضاء الجمعية من العاملين بوزارة المالية أو الممثلين لنقابات العمال هم من العاملين الذين يخضع ما يحصلون عليه للضريبة على المرتبات وعلى ذلك فان ما يحصلون عليه مقابل حضور اجتماعات الجمعيات العامة يخضع بدوره للضريبة على المرتبات .

أما باقى الأعضاء الذين نص القانون ولائحته التنفيذية على اختيارهم من بين ذوى الخبرة فى مجال الأنشطة التى تقوم بها الشركات التابعة يختارون على أساس الخبرة والسيرة الذاتية لكل مرشح منهم والانجازات التى حققها فى أعماله السابقة فهؤلاء يمكن أن يكونوا من أصحاب الأعمال أو المهن التجارية أو الصناعية أو غير التجارية هؤلاء يخضع ما يحصلون عليه مقابل حضور اجتماعات الجمعيات العامة - فى رأينا - لذات الضريبة النوعية التى يخضع لها نشاطهم الأصلى . وإما ان يكونوا من العاملين فى أجهزة الحكومة أو الهيئات العامة ففى هذه الحالة يخضع ما يحصلون عليه للضريبة على المرتبات .

ما يمنح لرؤساء وأعضاء مجالس الإدارة :

باستعراض نصوص القانون الواردة فى البنود ٨ ، ٩ ، ١٠ من المادة الأولى من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ نجد أنها تخضع ما يمنح لأعضاء مجالس الإدارة فى شركات المساهمة الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ٨١ بشأن الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة من المرتبات والمكافآت والاجور والمزايا النقدية والعينية وبدلات الحضور وطبيعة العمل وغيرها من البدلات والهبات الأخرى على اختلاف انواعها للضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة (بند ٨) وما يتقاضاه رؤساء وأعضاء مجالس الادارة المنتدبون أو المديرون عن ذلك مقابل عملهم الادارى لذات الضريبة باستثناء مبلغ قدره ٥٠٠٠ جنيه لكل منهم يخضع للضريبة على المرتبات بالشروط والأوضاع المبينة فى البند ٤ من المادة ٥٥ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ (بند ٩) كما اخضع بدلات التمثيل والاستقبال التى يحصل عليها هؤلاء فى الشركات المساهمة التى تزيد على ٣٠٠٠ جنيه سنوياً لكل منهم للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة (بند ١٠) ويلاحظ على هذه النصوص أنها لم تشترط فيما يمنح لأعضاء مجالس الإدارة فى شركات المساهمة من المبالغ الواردة فى البند ٨ من المادة الأولى من هذا القانون أن يكونوا من المساهمين على نحو ما ورد بالنسبة للمديرين وأعضاء مجالس المراقبة أو الرقابة على شركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الذى نصت على أن يكونوا من المساهمين يضاف إلى ذلك ما نص عليه البند ٩ من خضوع ما يحصل عليه رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة المنتدبون فى الشركات المساهمة زيادة على المبالغ التى يتقاضاها أعضاء مجالس الإدارة الآخرون مقابل عملهم الإدارى فيما يزيد عن خمسة الآف جنيه فى السنة لكل منهم للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال رغم أن ما يمنح إليهم عن ذلك هو مقابل عمل إدارى وكذلك بدلات التمثيل والاستقبال التى يحصل عليها هؤلاء فهى أيضا بمناسبة عملهم الادارى ومع ذلك فهى تخضع بنص القانون للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة ولم يتثنى القانون من الخضوع لهذه الضريبة مما يحصلون عليه مقابل عملهم الادارى سوى مبلغ ٥٠٠٠ جنيه لتخضع للضريبة على المرتبات بشروط معينة حددها البند ٤ من المادة ٥٥ من القانون مما مفاده أن الأصل فيما يحصل عليه رؤوساء وأعضاء مجالس الادارة سواء عن عملهم الادارى أو عن غيره من الشركات المساهمة يخضع للضريبة على ايرادات رؤوس الأموال المنقولة والاستثناء هو المبلغ المحدد وللاشخاص المحددين بالأسهم والذين لا يتجاوز عددهم ٤ ليخضع للضريبة على المرتبات وعلى ذلك فانه يمكن القول بيقين أن ما يحصل عليه رؤساء واعضاء مجالس الإدارة فى شركات قطاع الأعمال المتفرغون وغير المتفرغين يخضع للضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة بالشروط والأوضاع المبينة فى البنود ٨ ، ٩ ، ١٠ من المادة من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وفى هذا نختلف مع الكتاب الدورى رقم ١٦ لسنة ١٩٩٢ الذى أصدرته مصلحة الضرائب فى شأن المعاملة الضريبية للمبالغ التى تصرف لرؤساء وأعضاء مجالس إدارة شركات قطاع الأعمال الذى انتهى رأيها فيه إلى أن جميع المبالغ التى يحصل عليها رئيس وأعضاء مجالس إدارة الشركات القابضة والتابعة عدا الاعضاء غير المتفرغين الذين يمثلون القطاع الخاص تخضع للضريبة على المرتبات .

كما نختلف مع ما يراه الدكتور عصمت عبد الكريم خليفه فيما ورد بدليل الضرائب - الجزء الأول - الذى أصدره الاهرام الاقتصادى مع العدد ١٦ - أول مارس ١٩٩٣ والذى يتفق مع ماورد فى الكتاب الدورى سالف الذكر الذى اصدرته مصلحة الضرائب وذلك للأسباب الآتية :

أولا : كان ما انتهى إليه رأى مصلحة الضرائب فى كتابها الدورى وكذا رأى الدكتور / عصمت عبد الكريم خليفه يستند إلى اجتهاد فى تحديد المعاملة الضريبية لتكون على أساس طبيعة ما يحصل عليه رئيس وأعضاء الجمعيات العامة فى شركات قطاع الأعمال العام بنوعيها القابضة والتابعة ليكون ما يحصلون عليه خاضعاً للضريبة على المرتبات متى كان ذلك مقابل عمل أو خدمة أديت ، فى أى من الشركات القابضة أو التابعة ، وليكون ما يحصل عليه الممثلون لشركات أو افراد القطاع الخاص المساهمون فى الشركات التابعة خاضعاً للضريبة على ايرادات القيم المنقولة وحجتهم فى ذلك أن ما يخضع للضريبة الأخيرة هو ناتج رؤوس الأموال من إيراد أما ناتج العمل فيخضع للضريبة على المرتبات وهذا الرأى محل نظر ذلك انه من المقرر انه لا يجوز التوسع فى تفسير التشريعات المالية ومن بينها تشريعات الضرائب بل تفسر تفسيراً حرافياً شأنها فى ذلك شأن التشريعات الجنائية .

ولم يشترط المشرع الضريبى لخضوع ما يحصل عليه أعضاء مجالس الإدارة فى شركات المساهمة مما ورد فى البند ٨ من المادة الأولى من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ للضريبة على ايرادات القيم المنقولة ان يكون هؤلاء الأعضاء من المساهمين على نحو ما فعل بالنسبة للمديرين وأعضاء مجالس المراقبة أو الرقابة فى شركات التوصية بالاسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة حيث حدد بصريح النص أن يكونوا من المساهمين وكذلك على نحو ما فعل فى البند ٧ من المادة المذكورة بشأن مقابل الحضور بمناسبة انعقاد الجمعيات العمومية إذ حدده بما يدفع للمساهمين .

ثانيا : أن المشرع الضريبى قد اخضع للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة ما يحصل عليه رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة المنتدبون أو المديرون مقابل العمل الإدارى وبدلات التمثيل والانتقال بنص البندين ٩ ، ١٠ من المادة الأولى ، ولم يستثن من الخضوع لهذه الضريبة سوى مبلغ محدد قدره خمسة آلاف جنيه ليخضع للضريبة على المرتبات لعدد معين واسماء محددة على النحو المبين فى البند ٤ من المادة ٥٥ من القانون .

وذلك كله يقطع بان معيار الخضوع للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة فى تطبيق أحكام البنود ٨ ، ٩ ، ١٠ من المادة الأولى من القانون هو صفة متلقى الايراد وليس سبب الحصول عليه ، وأن الأصل هو خضوع كل من ورد ذكرهم فى هذه البنود لهذه الضريبة والاستثناء هو الوارد فى البند ٩ بالنسبة لما يحصل عليه رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة المنتدبون أو المديرون زيادة عما يتقاضاه أعضاء مجالس الادارة الاخرون فى الحدود وبالشروط والاوضاع التى حددها المشرع فى البند ٤ من المادة ٥٥ لتخضع للضريبة على المرتبات .

ثالثا : ان الكتاب الدورى رقم ١٦ لسنة ٩٢ الذى اصدرته مصلحة الضرائب قد اقتصر على المعاملة الضريبة لما يدفع لرؤساء وأعضاء مجالس الإدارة فى شركات قطاع الأعمال العام ولم يتعرض لما يدفع عن مقابل الحضور بمناسبة انعقاد الجمعيات العامة لأعضاء هذه الجمعيات الذين نظم القانون رقم ٢٠٣ لسنة ٩١ قواعد تعيينهم .

على أننا وان كنا نختلف فى الرأى الذى انتهى اليه الكتاب الدورى رقم ١٦ لسنة ٩٢ لمصلحة الضرائب ورأى الشراح الذى يتفق معه إلا أننا نرى ان لهذا الرأى وجاهته وأنه يتعين للأخذ به تعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بما يتفق وهذا الرأى .

٢ - *الضريبة على المرتبات*

تلتزم شركات قطاع الاعمال العام بنوعيها القابضة والتابعة بتنفيذ أحكام المادتين ٦٥ ، ٦٦ من القانون

رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بخصوص الإجراءات المنظمة للاقرارات التى يلتزم بها صاحب العمل وبالمادة ٧٠ بخصوص قواعد تحصيل الضريبة وأدائها إلى مصلحة الضرائب والمادة ٧٢ بخصوص إجراءات الاعتراض والطعن على انه من الملاحظ من التطبيق العملى بمأموريات الضرائب لقواعد نطاق الضريبة وسعرها الواردة فى المادتين ٦٥ ، ٦٦ من القانون ووعاء هذه الضريبة الذى يحدد طبقاً للمواد من ٥٧ - ٥٩ وكذا الاعفاء من الضريبة المنصوص عليه فى المواد من ٦٠ - ٦٤ كثيراً ما يؤدى إلى اخضاع بعض بنود مصروفات الشركة كلياً أو جزئياً لهذه الضريبة من وجهة نظر المأمورية كمصروفات السفر والانتقال والاستقبال والضيافة وايجارات سكن العاملين على أنها تعد ميزات عينيه تخضع للضريبه بسعر أعلى شريحه وهو ٢٢٪ مما يؤدى إلى تحمل الشركات إلى هذه الضريبة رغم انها ليست الممول الأصلى لها كما ان المأموريات ولجان الطعن لا تتبع اجراءات الربط والاعتراض والطعن المنصوص عليها بالقانون رغم انها من القواعد الآمره التى يترتب على مخالفتها البطلان وهناك منازعات بسبب هذه الاجراءات معروضه أمام القضاء فى هذا الشأن سيترتب على الفصل فيها وضع الضوابط الصحيحه لهذه الاجراءات .

٣ - قواعد الخصم والاضافة :

لما كانت شركات قطاع الأعمال بنوعيها القابضة والتابعة تأخذ شكل شركات المساهمة وتعد من اشخاص القانون الخاص طبقاً للقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ فانه يسرى عليها نص الفقرة الاخيرة من المادة ١٢٧ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن أحكام الخصم والاضافة والتحصيل لحساب الضريبة المضافة بالقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٣ والتى احالت فى بيان هذه الأحكام إلى ما ورد فى القسم الثانى من الفصل السادس من الباب الثانى من الكتاب الأول من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بالمادة ٤٤ فى شأن قواعد الخصم والوارد بالمادتين ٤٥ - ٤٧ فى شأن قواعد الاضافة والمواد من ٤٨ - ٥١ فى شأن قواعد التحصيل لحساب الضريبة والمادة ٥٣ بخصوص توريد المبالغ المحصلة لحساب الضريبه والمادة ٥٤ بعدم سريان هذه الأحكام جميعها على المنشآت المعفاه أو غير الخاضعة للضريبة بمقتضى القانون خلال فترة عدم الخضوع أو الاعفاء مع التزامها بالخصم والإضافة بالنسبة لمعاملاتها مع القطاع الخاص .

وعلى ذلك فاذا تعاملت إحدى شركات قطاع الأعمال العام بنوعيها القابضة أو التابعة مع أى اشخاص القطاع الخاص فانه يتعين عليها تطبيق قواعد الخصم والإضافة والتحصيل والتوريد الواردة فى المواد سالفة الذكر بالنسب التى يجرى خصمها المبينه فى الجدول رقم (١) والنسب التى يجرى اضافتها بالجدول رقم (٢) المرفقين بقرار وزير المالية رقم ١٦٦ لسنة ٨٢ والنسبة التى تخصم عند استرداد قيمة الصادرات والتى تحصل من قيمة الواردات تحت حساب الضريبة من اشخاص القطاع طبقاً لقرار وزير المالية رقم ١٧٠ لسنة ٨٢ والنسب التى تضاف إلى الايجارات التى تحصل عليها لحساب الضريبة طبقاً لقرار وزير المالية رقم ١٧٤ لسنة ١٩٨٢ .

وغنى عن البيان ان شركات قطاع الأعمال العام تلتزم بتقديم الاستمارات الخاصة بهذه المعاملات إلى المأمورية المختصة واداء المبالغ من واقعها فى المواعيد التى حددت قانوناً لذلك .

الحماية الوقتية للحيازة العرضية دراسة مقارنة

الأستاذ / أشرف مهدى مصطفى
المحامى

الفصل الأول : تعريف الحيازة العرضية وأحكامه

الفصل الأول
تعريف الحيازة العرضية وأحكامها

تمهيد وتقسيم:

نتعرض فى بحثنا هذا لتعريف الحيازة العرضية وذلك باعتبار أن الحيازة العرضية تمثل صورة من صور الحيازة بوجه عام ، ذلك أن المالك قد يكون هو الحائز وبالتالى يجمع بين كونه مالكاً للحق محل الحيازة وأيضا حيازته وقد يكون المالك له حق الملكية أو الرقبة وحق الانتفاع يقوم باستعماله حائز آخر والحيازة العرضية لها صورتين أحدهما يكون الحائز العرضى مجرد تابع للحائز الأصلى وهو المالك وبذلك فإنه متصلاً اتصالاً يتبع أوامره وتعاليمه ويكون التابع أو الوسيط مباشر الحيازة باسم الحائز الأصيل وفقاً لما تنص عليه المادة ٩٥١ من القانون المدنى والصورة الأخرى هو أن يكون للحائز العرضى سلطة تصرف كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر حيث أنه يعتبر حائزاً عرضياً بالنسبة لحق الملكية ولكن حائز أصيل فيما يتعلق بحقه هو رغم أنه يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة أو المؤجر ويحوز لحساب نفسه حق الانتفاع العينى أو حق المستأجر الشخصي وقد أثرنا التعرض فى بداية هذا الفصل فى التحدث عن الحيازة بوجه عام وتعريفها ثم بيان عناصرها المكونه لها ثم بعد ذلك محاولة وضع الصورة النهائية لمأخذ القانون المدنى المصرى وتأثره بكل من النظرية الشخصية والمادية فى الحيازة باعتبار أن القانون المدنى قد تحدث عن الحيازة من المواد ٩٤٩ : ٩٨٤ من القانون المدنى ، ثم نتعرض بعد ذلك لتعريف الحيازة العرضية وأحكامها ثم نختتم هذا الفصل بتعريف الحيازة فى الشريعة الإسلامية وتعريف الحيازة العرضية وحمايتها فى الشريعة الإسلامية .

المبحث الأول
تعريف الحيازة

لم يتعرض القانون المدنى الملغى للحيازة فى ذاتها بل إقتصر على تناول آثارها ومع ذلك فإنه لم يوردها كاملة ، أما القانون المدنى الجديد فقد تعرض أولاً للحيازة فأورد أحكامها العامة فى نصوص مستحدثة ثم بين ما يرتب عليها من الآثار وقد نظم القانون المدنى المواد الخاصة بالحيازة من المادة ٩٤٩ إلى المادة ٩٨٤ من القانون المدنى المصرى [١] .

هذا وقد كان المشرع التمهيدى للقانون المدنى الجديد يتضمن نصاً يعرف الحيازة وهو نص المادة ١٣٩٨ من هذا المشروع وكان يجرى على الوجه الآتى :

(١) انظر فى تعريف الحيازة كتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور/ عبد المنعم الشرقاوى فقرة ٥٦ طبعة ١٩٥٦ .

« الحيازة وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق » .

وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص ما يأتى : « الحيازة هى سيطرة فعلية على شىء أو حق فتجوز حيازة الحقوق العينية لحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية » [1] .

وقد حذفت هذه المادة لجنة مجلس الشيوخ لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية ويتبين من هذا التعريف : أن الحيازة وضع مادى ينجم عن أن شخصاً يسيطر سيطرة فعلية على حق سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن حيث أن السيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق فإن كان كل حق ملكية إختلط هذا الحق بالشىء محل الحق . وقد انتقل هذا الاختلاط إلى القانون الحديث من القانون الرومانى حيث تكون السيطرة الفعلية للشخص بقيامه بالأعمال المادية على الشىء محل الحق باستعماله أو التصرف فيه . فإذا كان دار سكناها أو يؤجرها أو يزرعها أو يؤجرها إذا كانت أرضاً زراعية وذلك وفقاً لما تقتضيه طبيعة الشىء محل الحق .

هذا ويرى البعض [2] أن الحيازة ليست بحق عينى أو حق شخصى بل هى ليست بحق ولكنها سبب لكسب الحق ويكيف الحيازة بأنها واقعة مادية بسيطة تحدث آثار قانونية .

فإذا سايرنا المذهب الشخصى فى الحيازة وقلنا أن هناك عنصراً معنوياً للحيازة هو القصد - قصد التصرف كمالك أو قصد استعمال الحق محل الحيازة فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحيازة بل المراد أن تكون الأعمال المادية التى يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين . ومؤدى ذلك أن تكون اعمال الحائز أعمالاً قصدية وهذا لا يخرجها عن أن تكون أعمالاً مادية محضة . وهى أعمال اختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثارها القانونية أما إذا قلنا مع المذهب المادى . أن القصد ينصب على الحيازة المادية فى ذاتها فان هذا يكون أشد دلالة على أن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمالاً مادية محضة ومن ثم تكون الحيازة فى كل من المذهبين واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثار قانونية .

وكان نتيجة لترك المشرع وضع تعريف للحيازة للفقه قيام كل فريق من الذى ينحاز إلى أى من النظريتين سواء كانت النظرية الشخصية أو النظرية المادية فى وضع تعريف للحيازة يتناسب مع النظرية التى يأخذ بها ونتعرض أولا لتعريف الحيازة من أساتذتنا الذين يرون أن المشرع المصرى أخذ بالنظرية الشخصية فى الحيازة وحمايتها سواء قبل الغاء مجموعة المدنى القديم أو فى مجموعة المدنى الجديدة أولاً قبل صدور مجموعة القانون المدنى الجديد ١٩٤٨ .

حيث فرق بين وضع اليد ومجرد الحيازة أستاذنا الدكتور / عبد الحميد أبو هيف [3] .

فيرى وضع اليد هو حيازة الشىء حيازة فعلية مقرونه بنية تملكه ، أما الحيازة البسيطة فهى إستيلاء الإنسان على شىء ما دون أن تكون عنده هذه النية ففى وضع اليد إستيلاء فعلى ومركز قانونى اما فى الحيازة فليس إلا لمركز الفعل ولكن إذا إعتدى على الحائز معتد بالقوة فله الدفاع عن نفسه وصد القوة بالقوة غير أن هذا الحق ليس من خواص الحيازة بل من خواص الدفاع عن النفس أو المال . ودعاوى اليد أو حماية الحيازة تكون [4] لصاحب حق الملكية أو لصاحب باقى الحقوق المنتزع من الملكية كصاحب حق الانتفاع أو حق البناء أو الغرس أو العلو .

(١) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ص ٤٤٨ ، ٤٤٩ ، ٤٥٠ فى الهامش .

(٢) انظر الوسيط الجزء التاسع المجلد الثانى فى أسباب كسب الملكية الطبعة الثانية المنقحة ١٩٩٣ ، للأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهورى فقرة ٢٥١ ص ١٠٧١ ، ١٠٧٢ ، ١٠٧٣ مطبعة دار النهضة العربية .

(٣) انظر فى ذلك المرافعات المدنية والتجارية والنظام القانونى القضائى فى مصر للأستاذ الدكتور/ عبد الحميد أبو هيف بند ٤٥٣ وبند ٤٦١ ص ٣٤٨ ، ٣٥١ طبعة ١٩٢١ الثانية المنقحة مطبعة الاعتماد بمصر .

(٤) انظر فى ذلك المرافعات المدنية والتجارية للأستاذ الدكتور/ محمد حامد فهمى طبعة ١٩٤٠ - ١٣٥٩هـ مطبعة فتح الله الياس نورى وأولاده بمصر بند ٣٦١ ص ٣٩١ ، ٣٩٢ .

ثانياً : الحيازة التى يحميها القانون بدعاوى الحيازة الثلاثة . حيث عرفها أستاذنا الدكتور / محمد حامد فهمى [1] فى الشرط الأول من شروط دعوى منع التعرض بالنسبة للمدعى فى هذه الدعوى . حيث لابد أن يكون واضعاً يده على عقار يمكن تملكه بمضى المدة أو على حق عينى آخر يمكن اكتسابه بالتقادم ولابد من توافر الشروط التى تطلبها القانون فى المادة ١٠٢/٧٦ من القانون المدنى الملغى وأيضا المادة ٣٠/٢٩ من ذات القانون .

ثالثاً : أما أستاذنا الدكتور/ محمد كامل مرسى فقد اشترط فى الحيازة محل حماية القانون بدعاوى الحيازة وهى الحيازة التى اشترطها القانون فى المادة ١٠٢/٧٦ والتى تشترط أن يكون واضع اليد « وضع يد » بصفة مالك ، حيث الحيازة عند فقهاء الرومان الحيازة المدنية أو الحقيقة مقرونة بنية التملك وتؤدى إلى التقادم المكسب ، ولابد أن يكون واضع اليد له حيازة فعلية على الشىء ويضع يده على الشىء بصفة مالك أو صاحب حق عينى .

ثانياً : بعد صدور المجموعة الجديدة للقانون المدنى ١٩٤٨ :

حيث يعرف أستاذنا الدكتور/ عبد المنعم البدراوى الحيازة [2] بأنها سلطة فعلية مادية لشخص على شىء من الأشياء يستعملها بصفته مالكاً أو صاحب حق عينى عليه سواء استندت هذه السلطة إلى حق من هذه الحقوق أو لم تستند .

ويعرف الدكتور/ جميل الشرقاوى الحيازة [3] بأنها سلطة فعلية لشخص على شىء من الأشياء تبدو فى ظهوره بمظهر مالك هذا الشىء أو صاحب حق عينى عليه وممارسة الأعمال والامتيازات التى تترتب عادة على الصفة التى يظهر بها لهذا الشىء .

ويعرف الدكتور/ أحمد ابو الوفا الحيازة [4] بأنها حالة واقعية تنشأ عن سيطرة شخص على شىء أو على حق عليه بصفته مالكاً للشىء أو صاحب الحق عليه .

ويعرف الدكتور/ رمزى سيف الحيازة [5] هى عبارة عن السيطرة الفعلية لشخص على شىء أو استعماله لحق عينى مالكاً للشىء أو صاحب الحق العينى .

ويعرف الدكتور/ فتحى والى الحيازة التى يحميها القانون بدعاوى الحيازة حيازة قانونية [6] والتى لابد من توافر العنصر المادى فيها وهى القيام بالأعمال المادية والتى يقوم بها عادة صاحب الحق كزراعة الأرض والأعمال المادية تتم سواء من صاحب الحق أو وسيط عنه يعمل لحسابه ويستمر العنصر المادى ولو أجر المالك العقار حيث يبقى رغم ذلك حائزاً .

أما العنصر المعنوى فيعرفه بأن يكون الشخص فى قيامه بالأعمال المادية يقوم بها باعتباره صاحب الحق على العين محل الحيازة . حيث لا يتوافر العنصر المعنوى فمن يقوم بهذه الأعمال باعتبار أخر .

ويعرف الدكتور/ أحمد الصاوى الحيازة القانونية محل حماية القانون [7] بأنها السيطرة المادية للشخص على الشىء باعتباره مالكاً له أو صاحب حق عينى عليه فيلزم إذن أن تتوافر فيها عنصران عنصر مادى وهو السيطرة المادية على الشىء وعنصر معنوى وهو ظهور الشخص على الشىء بمظهر المالك أو صاحب الحق العينى عليه ولابد من توافر العنصران حتى يمكن للحائز من إقامة جميع دعاوى الحيازة .

(١) انظر فى ذلك « الملكية والحقوق العينية » الجزء الخامس للأستاذ الدكتور/ محمد كامل مرسى بند ٨٣ ص ٧٨ ، ٧٩ والبند ٨٨ طبعة ١٩٤٢ - ١٣٦١هـ مطبعة فتح الله الياس نورى وأولاده بمصر .

(٢) انظر فى ذلك شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية للدكتور/ عبد المنعم البدراوى الطبعة الثانية ١٩٥٦ بند ٤٧٨ ص ٤٨٩ .

(٣) انظر فى ذلك « دروس فى الحقوق العينية الأصلية » الكتاب الأول حق الملكية ، للدكتور جميل الشرقاوى البند ٨٦ ص ٣١٤ طبعة ١٩٧١ دار النهضة العربية .

(٤) انظر فى ذلك المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الرابعة عشرة ١٩٨٦ بند ١٣٠ ص ١٤٢ للدكتور/ أحمد أبو الوفا .

(٥) انظر فى ذلك الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور/ رمزى سيف بند ١٤٩ ص ١٧٤ الطبعة الثالثة ١٩٦١ .

(٦) انظر فى ذلك الوسيط فى قانون القضاء المدنى للدكتور/ فتحى والى الطبعة المنقحة ١٩٩٣ بند ٥١ ص ٨٣ ، ٨٤ مطبعة جامعة القاهرة .

(٧) انظر فى ذلك الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور/ أحمد الصاوى طبعة ١٩٨١ بند ١٠٧ ص ١٦٧ مطبعة جامعة القاهرة « دار النهضة العربية » .

ويعرف الدكتور/ مصطفى أحمد عبد الجواد حجازى الحيازة فى رسالته بأنها [١] السيطرة الفعلية التى تتجسد فى قيام شخص بالأعمال المادية والقانونية على شىء تجوز حيازته بنية تملكه أو ممارسة حق عينى عليه سواء كان هذا الشخص مالكاً للشىء أو غير مالك له .

أما البعض فيرى فى تعريفه للحيازة حيث يرى أن القانون المصرى لم يأخذ لا بالنظرية المادية أو الشخصية فى حمايته للحيازة فى المجموعة الجديدة للقانون المدنى بل اتخذ موقفاً وسطاً وهو رأى أستاذنا الدكتور عبد المنعم فرج الصدة [٢،٣] .

ويعرف الحيازة بأنها سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على شىء بحيث تكون فى مظهرها الخارجى وفى قصد الحائز مزاولة للملكية أو لحق عينى أخر . وقد تكون مستندة إلى حق يعترف به القانون للحائز كما لو كان مالكاً للشىء أو صاحب حق عينى أخر عليه . وقد لا تكون مستندة إلى هذه السلطة حيث أن الحيازة ليست مزاولة للحق .

أما آخر التعاريف للحيازة فهو من وجهة نظر أستاذنا الدكتور/ عبد المنعم الشرقاوى [٤] والذى يرى أن القانون المدنى الجديد قد أخذ بالحماية المقررة للحائز وفقاً لما تقضى به النظرية المادية فى الحيازة ويعرف الحيازة محل حماية القانون بدعاوى الحيازة بأنها : « هى مجرد الحيازة المادية أى السيطرة الفعلية على العقار أو مجرد استعمال الحق . ويقصد بالحيازة المادية أن يستعمل الشخص العقار الذى يضع يده عليه فيما خصص له هذا العقار ولا يشترط فى الحائز أن يكون واضعاً يده على العقار بنية تملكه أو ظاهراً عليه بمظهر المالك أى لا يشترط توافر نية تملك العقار لديه ولا أن يتعامل معه الغير باعتباره مالكاً له » .

وهكذا كما يتضح أن معظم أساتذتنا الذى يرون أن الحماية التى كفلها القانون للحائز إما باعتباره مالك للحق محل الحيازة أو كصاحب للحق العينى على العقار محل الحق وقد جاءت تعاريفهم للحيازة إما بحكم أن البعض منهم يدرسون القانون المدنى أو البعض الأخر يدرس قانون المرافعات المدنية والتجارية لذا فقد جمعنا تلك التعاريف أما فى الكتب التى تتكلم عن الحيازة كسبب من أسباب الملكية أو فى تعريف الشرط الأول من شروط دعاوى الحيازة . وهكذا يتضح أن حذف التعريف الخاص بالحيازة جعل المشرع يترك تعريف الحيازة للفقه فجاءت تلك التعاريف كما سبق .

المطلب الأول

عنصرى الحيازة المادى والمعنوى

أولا : العنصر المادى :

يتكون العنصر المادى فى الحيازة من مجموعة الأعمال المادية التى يقوم بها الحائز وهى أعمالاً تصدر عادة ممن يملك الشىء أو يستعمل عليه حقاً من الحقوق العينية وتتحقق السيطرة المادية سواء من الشخص نفسه مالك الشىء محل الحق وأن يحرز الحائز الشىء فى يده إحرازاً مادياً ويباشر عليه الأعمال المادية فإذا كان الشىء داراً دخل فيها واستحوذ عليها . وسكنها اما سكن فيها غيره بالإيجار مثلاً وإذا كان الشىء أرضاً زراعية إحتلها وزرعها بنفسه وقد تحقق السيطرة المادية أى القيام بالأعمال المادية على الشىء من الغير وبذلك يحوز المالك الشىء وتكون حيازة الشىء بالوساطة حيث إذا محل الحيازة عقار فإن المؤجر يؤجره للمستأجر وإذا كان محل الحيازة أرضاً زراعية فإن صاحب الأرض يؤجرها للمزارع [٥] والسيطرة المادية على الحق محل

---

(١) أنظر فى ذلك « الحيازة بسوء نية كسب لكسب الملكية » ، دراسة مقارنة ص ٧١ طبعة ١٩٩١ جامعة القاهرة كلية حقوق بنى سويف للدكتور/ مصطفى أحمد عبد الجواد حجازى .

(٢) انظر فى ذلك حق الملكية الطبعة الثالثة ١٩٦٧ بند ٣٤٢ ص ٥٢١ للأستاذ الدكتور/ عبد المنعم فرج .

(٣) انظر فى ذلك الوسيط فى أسباب كسب الملكية الجزء التاسع المجلد الثانى الطبعة المنقحة ١٩٩٣ بند ٢٦٧ ص ١١٠٥ : ١١٠٧ للدكتور/ عبد الرزاق السنهورى الطبعة الثانية المنقحة « للمستشار مصطفى الفقى » .

(٤) انظر فى ذلك المرافعات المدنية والتجارية فى شرح القانون رقم ١٣ لسنة ٦٨ والتشريعات المكملة له بند ٦٢ ص ٨٤ للدكتور عبد المنعم الشرقاوى والدكتور فتحى والى طبعة ١٩٧٦ – ١٩٧٧ مطبعة دار النهضة العربية

(٥) انظر حكم محكمة استئناف مصر جلسة ٨ يناير ١٩٣٩ – المحاماة رقم ٢٠ رقم ١٧٧ ص ٤٦٥ ، واستئناف مختلط ٨ يونية ١٩١٥ م٢٧ ص ٣٩٢ .

الحيازة تتحقق باستعمال هذا الحق فيما خصص له فإذا كان إرتفاق مرور مثلاً أو إرتفاق شرب كانت السيطرة المادية عليه بالمرور فعلاً فى المكان المراد استعمال الحق فيه أو بأخذ المياه فعلاً من مروى الجار (١) .

ويستوى فيمن يقوم بالسيطرة المادية على الشيء محل حق الحيازة أن يكون الحائز مالكاً للشيء أو غير مالك (٢) .

هذا وتتحقق السيطرة المادية للشخص التى انتقلت إليه ملكية الشيء محل الحيازة دون حاجة للإستحواذ الفعلى على الشيء بل يكفى مجرد التمكن من الاستحواذ فإذا كان المبيع داراً فإنه يكفى لنقل السيطرة المادية على الدار للمشترى أن تسلم مفاتيحها وسند الملكية حيث تتحقق السيطرة المادية للمشترى بمجرد وضع الدار تحت تصرفه وتمكنه من تسلمها دون حاجة إلى أن يتسلمها بالفعل (٣) .

هذا وقد قضت المادة ٩٥١ من القانون المدنى بالآتى : « تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به إتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة - وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه فان كانت استمرار الحيازة سابقة إفترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادى بها (٤) .

والامثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة كثيرة حيث يباشر الحائز السيطرة المادية بواسطة خدمه وأتباعه وعماله ومستخدميه مثل سائق السيارة فهو يحوز السيارة حيازة مادية لحساب متبوعه وكذلك ناظر الزراعة يحوز لحساب صاحب الأرض وأيضاً الوكيل والخادم وحيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل (٥) .

وإذا كان الحائز قاصراً أو محجوراً عليه وكان مميزاً فيباشر السيطرة المادية باسم الولى أو الوصى أو القيم (٦) ويباشر السيطرة المادية عن الحائز اذا كان معنوياً بواسطة المديرون أو الاشخاص الذين يفوضون فى ذلك . أما المجالس المحلية فتباشر السيطرة المادية لا بواسطة ممثليها بل أيضا بواسطة الناس الذين يغدون ويروحون فى هذه الطرق والذين يستعملونها وفقاً لما أعدت له .

هذا ونص المادة ٩٥١ مدنى مقصور على الوسيط الذى يباشر الحيازة باسم الحائز ويكون متصلاً به إتصال التابع بالمتبوع فيأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة .

أما إذا كان الوسيط يتمتع بشئ من حرية التصرف كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر فهو لا يعتبر وسيطاً بالمعنى الوارد فى المادة ٩٥١ بل هو حائز عرض فيما يتعلق بحق الملكية وحائز أصيل فيما يتعلق بحقه هو فهو يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة ويحوز لنفسه الانتفاع العينى والسيطرة المادية بواسطة الغير لا تفترض فإذا وجدت إفترض فيما يباشر السيطرة المادية أنه هو الحائز نفسه إلا إذا أثبت العكس وفقاً لما جاء بالفقرة الثانية من نص المادة ٩٥١ مدنى ويحضرنى وأنا فى هذا المقام ما ذكره أستاذنا الدكتور/ عبد المنعم البدراوى فى الحديث عن حيازة الحقوق غير حق الملكية (٧) حيث أن الحيازة لا تقتصر على حيازة الشيء على سبيل الملك بل أنها توجد أيضا بالنسبة لسائر الحقوق العينية التى تخول صاحبها حيازة الشيء أو القيام ببعض الأعمال المادية عليه حيث أن الحيازة ممكنه في حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى والحكر ورهن الحيازة والارتفاق حيث جرى على تسميتها بشبه الحيازة « شبه وضع اليد » هذا ويقوم بالسيطرة المادية فى الملكية على الشيوع كل من الشريكين مثال ذلك دار يحوزها شخص على الشيوع مع شخص أخر فيسكنان الدار معا ويؤجرانها معاً وقد يقتسمانها فيما بينهما قسمة مهايأة مكانية أو قسمة مهايأة زمانية (٨) .

---

(١) نقض مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض ١ لسنة ٣٤ رقم ٣٦٩ ص ١٨٨٠ .

(٢) فاذا كان الشيء محل حق الحيازة غير مملوك لأحد كانت حيازته استيلاء فيكسب الحائز ملكيه الشيء فوراً من هذا الطريق .

(٣) نقض مدنى ١١ مايو ١٩٣٩ مجموعة عمر رقم ١٨٢ ص ٥٥٤ .

(٤) انظر فى ذلك المشروع التمهيدى للمادة ٩٥١ من القانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٣ : ٤٥٦ .

(٥) انظر فى ذلك نقض ٩ يونيه ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ١٦٠ ص ٩٩٨ .

(٦) انظر فى ذلك حكم استئناف مصر جلسة ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧ .

(٧) انظر البند رقم ٤٩٣ ص ٥١٢ فى كتاب شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية للدكتور عبد المنعم البدراوى الطبعة الثانية ١٩٥٦ .

(٨) انظر فى ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٤ فى الهامش .

ثانياً : العنصر المعنوى :

وهو قصد الحائز فى أن يستعمل الحق العينى الذى تدل عليه الأعمال المادية التى يباشرها على الشىء أو هو نية الحائز فى أن يظهر على الشىء بمظهر مالكه أو بمظهر صاحب حق عينى عليه وهو إرادة الحيازة لحساب نفسه .

ولهذا يعتبر حائزاً الحائز بقصد التملك وحائز الشىء بقصد استعمال أو اكتساب حق انتفاع أو سكنى أو استعمال أو حكر أو ارتفاق أو رهن حيازة عليه ففى جميع الأحوال نجد أن الحائز يقصد استعمال حق عينى على الشىء يجوز الشىء لحسابه [1] أما واضع اليد لا يحوز الشىء بقصد استعمال حق عينى عليه حيث لا تتوفر لديه العنصر المعنوى وهو القصد أو النية وهذا ما قصدت به النظرية الشخصية لسافينى فى العنصر المعنوى للحيازة وهى النظرية التقليدية حيث لابد من أن يكون الشخص حائزاً قانونياً فلابد من توافر نية استعمال الحق لحساب نفسه سواء كان الحق ملكية أو حقاً أخر ويخرج بذلك كل من المستأجر والمستعير والمودع عنده من نطاق هذه النظرية أو من نطاق الحماية التى قررها القانون بدعاوى الحيازة حماية للحائز المتوفر لديه العنصر المادى والعنصر المعنوى كما توضحه النظرية الشخصية ويعتبر حيازة كل من المستأجر والمستعير وصاحب حق الانتفاع والمودع عنده مجرد إحراز فلابد من توافر النية لديهم حتى تكون حيازتهم حيازة طبيعية حقيقية حيث أن عنصر القصد هذا هو العنصر الجوهرى [2] . أما النظرية المادية فى العنصر المعنوى أو عنصر النية أو القصد فقد نادى بها الفقيه اهرنج حيث قرر أن القصد ليس عنصراً مستقلاً عن السيطرة المادية بل أن السيطرة المادية ضرورة لتوفره حيث لابد من القصد فقط فيما يقوم به الحائز من الاعمال المادية حيث لابد من أن تكون أعمال الحائز اعمالاً ارادية قصدية « فالنائم لا يجوز ما يلقى فى يده فى اثناء نومه والسجين لا يجوز ما يقيده من الاغلال وكذلك عديم التميز لا يستطيع حيازه شىء بنفسه لانه لا ارادة له وينوب عن عديم التميز الولى أو الوصى أو القيم وكل من يسيطر على شىء سيطرة مادية عن طريق اعمال ارادية قصدية يكون حائزاً له سواء يجوز الشىء لحساب نفسه أو لحساب غيره فالمستأجر والمستعير يعتبراً حائزاً ويميز اهرنج بين الحيازة ومجرد الاحراز حيث يكون الشخص فى احرازه للشىء مجرد اداة فى يد الغير يجوز الشىء باسمه ولحسابه وبالتالى فان حيازته مجرد احراز واهم نتائج النظرية المادية فى عنصرها المعنوى للحيازة هو أنها تحمى الحائز العرضى بجميع دعاوى الحيازة وأهم تطبيق للنظرية هو المستأجر على الرغم من أن النظرية الشخصية لا تحمى المستأجر أو الحائز العرضى بأى دعوى من دعاوى الحيازة .

المطلب الثانى
النظرية الشخصية والمادية فى الحيازة وأثرهما على القانون المدنى المصرى

تعرضنا فيما سبق فى المبحث الأول فى تعريف الحيازة لتعريف الحيازة القانونية التى يحميها القانون بدعاوى الحيازة المختلفة وكانت تلك التعاريف من أساتذتنا سواء أكان تعريف الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية فى القانون المدنى أو تعريف الحيازة ضمن شروط طبيعية الحيازة التى يحميها القانون ونص على تلك الدعاوى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وأساتذتنا هؤلاء يمثلون الرأى الأول الذين يقولون أن القانون المصرى قد أخذ بالنظرية الشخصية فى حماية الحائز ويمثل هذا الرأى الجانب الاكبر [3] . وأيضا قد تعرضنا لهذا الرأى فى التعريف الخاص بالعنصر المعنوى من المطلب الأول . وأيضا تعرضنا فى تعريف الحيازة للرأى الذى يرى [4] أن القانون المصرى لم يأخذ لا

---

(١) انظر فى ذلك البند ٤٨٥ ص ٤٩٦ : ٤٩٧ للدكتور/ عبد المنعم البدراوى المرجع السابق .

(٢) انظر فى ذلك بالتفصيل البند ٢٦٤ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ ص ١٠٩٩ : ١١٠٤ من الوسيط للدكتور/ السنهورى طبعة ١٩٩٣ المنقحة .

(٣) انظر فى ذلك تعريف الحيازة فى المبحث الأول من هذا البحث .

(٤) انظر فى ذلك الرأى الوسط للدكتور / عبد المنعم فرج الصدة والبند ٢٦٧ ص١١٠٥ : ١١٠٧ الوسيط اسباب كسب الملكية للدكتور/ عبد الرزاق السنهورى طبعة ١٩٩٣ المنقحة . والبند ٢/٣٣ ص ٦٤ الدكتور / محمد عبد الجواد محمد .

بالنظرية المادية أو الشخصية وأخيراً تعرضنا لتعريف الحيازة وفقاً للرأى الذى يرى أن القانون المصرى قد أخذ بالحماية المقررة للحائز فى النظرية المادية [1] .

ونكتفى بالنسبة لعرض النظرية المادية والشخصية فى الحيازة بالإحالة لما سبق عرضه من تعريف للحيازة وأيضا للنظريتين فى بيان العنصر المعنوى . ونكتفى فى هذا المطلب ببيان مدى تأثير المشرع بأى من النظريتين ، وقبل التحدث فى ذلك نود أن نوضح أن كل من أصحاب الرأى فى تقرير الحماية للحائز سواء كان الحائز هو المالك أو حائزاً عرضياً يباشر حق عينى على الحق محل الحيازة (العقار) فى كل من النظريتين يتفقون فى ذلك أما الاثار المترتبة على الحيازة القانونية من اكتساب الحق بالتقادم والمنقول بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية فلا يمكن أن يرتب على الحيازة العرضية [2] ونرى أن المشرع فى تقريره حماية الحائز بدعاوى الحيازة دون النظر لصفة الحائز هل هو مالك أو حائزاً عرضياً ويمارس حق عينى على العقار محل الحيازة . فهذا لكون دعاوى الحيازة ليست إلا حماية وقتية ذات حجية مؤقتة لا تؤثر فى أصل الحق .

ولا يختلف فى ذلك أى من الآراء التى ترى حماية القانون للحائز أيا كان صفته وأيضاً لكون القانون يحمى الحائز لاعتبارات تتعلق بالأمن والنظام العام هذا إلى جانب أن يفترض دائما أن الحائز هل مالك للحق الذى ترد عليه الحيازة .

لذلك نرى أن المشرع المصرى قد أخذ بالنظرية المادية وبالأخص فيما يتعلق بحماية الحائز سواء كان الحائز هو المالك أو حائزاً عرضياً وله حق عينى على العقار محل الحيازة ويتمتع بشىء من التصرف كصحاب حق الانتفاع والمستأجر كمثال دون الفئة الأخرى والتى تتبع وتتصل بالحائز إتصالاً يلزمهم الائتمار بأوامره وفقاً لما تنص عليه الفقرة الأولى من نفس المادة ٩٥١ من القانون المدنى المصرى .

هذا وقد أجمع أصحاب الرأى الأول والذين يرون أن القانون المدنى المصرى قد أخذ فى حماية الحيازة بالنظرية الشخصية على أن القانون يحمى صاحب الحق العينى على العقار محل الحيازة وأجمع أيضا الرأى الوسط والرأى الذى نميل اليه ونأخذ به وهو رأى استاذنا الدكتور/ عبد المنعم الشرقاوى أن القانون يحمى الحيازة وذلك وفقاً للاعتبارات الخاصة بحماية الحيازة ولذلك فإننا سنرد على الرأى الأول والرأى الوسط منضمين فى ذلك فى هذا الرد للرد الذى رد به استاذنا الدكتور / عبد المنعم الشرقاوى وللأسانيد التى يرى أن تؤيد وجهة نظر سيادته بأن القانون المصرى قد أخذ بالنظرية المادية فيما يتعلق بحماية الحائز بوجه عام .

بداية وقبل ذكر أسانيد الدكتور/ عبد المنعم الشرقاوى نود أن نوضح أن المشرع المصرى قد أعلن صراحة وبكل الوضوح أنه أخذ بالنظرية المادية فى حماية الحيازة باصدار القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والذى أضاف إلى مواد قانون المرافعات المادة ٤٤ مكرراً والتى تعطى حماية سواء كان الاعتداء يمثل أى من سلب الحيازة أو تعرض أياً كان وجعل القرار الصادر من النيابة يتظلم منه ذوى الشأن أمام القاضى الطبيعى للحيازة وهو القاضى المستعجل وفقاً لما سنوضحه فى الفصل الثانى من هذا البحث .

هذا إلى أن جانب الحماية الجنائية للحائز أيا كان صفته [3] حائزاً أصيلاً أو عرضى أو مغتصب وهذا يجعلنا نجزم صراحة بأن القانون المدنى قد أخذ بالنظرية فى حماية الحيازة ونظراً لتوسعها فى مجال حماية الحائز عندها .

أسانيد الدكتور / عبد المنعم الشرقاوى والذى نأخذ برأيه وننضم إليه بأن القانون المصرى أخذ بالنظرية المادية فى الحيازة .

---

(١) انظر فى ذلك الرأى الذى أشار أن القانون المصرى أخذ بالنظرية المادية فى حماية الحيازة « المبحث الأول » للدكتور عبد المنعم الشرقاوى .

(٢) انظر فى ذلك البند ٦٤ ص ١٠٧ فى الوسيط للدكتور / فتحى والى طبعة ١٩٩٣ المنقحة .

(٣) انظر فى ذلك طعن نقض جنائى رقم ٢٣٢٦ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/١١/١٤ وأيضا الطعن رقم ٣٨٦ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/٢/٣ والطعن رقم ١٤٣٩ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٣/٦/٧ - الموسوعة الذهبية للقواعد التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام ١٩٣١ الإصدار الجنائى للأستاذ/ حسن الفكهانى وعبد المنعم حسنى طبعة ١٩٨١ الجزء الثالث بند ١٦٥ ، ١٦٦ ، ١٧١ ص ٨٧ و٨٩ مطبعة الدار العربية للموسوعات .

أولاً: إن تعريف الحيازة والذى كان فى صدر مشروع باب الحيازة واستغنت عنه لجنة الشيوخ لأنه تغلب عليه الصبغة الفقهية [١] فان ذلك لا يدل على استغناء المشرع عنه لأن سائر مواد الحيازة التى كانت فى المشروع وجاءت تحت هذا التعريف مستوحيه روحه لم يطرأ عليها تعديل .

ثانياً: أن المذكرة التفسيرية أوضحت عن هذا المعنى أيضا حيث قررت بجواز حماية الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة وكما تجوز حيازة الحقوق الشخصية وهذا قاطع فى الدلالة على أن حائز الحق الشخصى على العقار وهو حائز مادى كالمستأجر يعتبر فى نظر القانون حائزاً له مباشرة دعاوى الحيازة وإذن فالمادة ٥٧٥ التى أجازت للمستأجر مباشرة دعاوى الحيازة [٢] إنما هو تطبيق لقاعدة عامة وهى حماية الحيازة المادية .

ثالثاً: نص المادة ٩٥٦ على أنه « تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأى طريقة أخرى ، وفضلاً عن أن النص مقتبس من المادة ٨٥٦ مدنى ألمانى فإنه يعلق فقد الحيازة على فقد السيطرة المادية على المال أو على الحق موضوع الحيازة أى أنه يجعل السيطرة المادية هى مناط الحيازة وهذا يوضح أخذه بتلك النظرية .

رابعاً: نص المادة ٥٧٥ من القانون المذكور على أن للمستأجر الحق فى أن يرفع باسمه على المتعرض جميع دعاوى الحيازة . ومعناه أن القانون المدنى الجديد يحمى حيازة المستأجر بدعاوى الحيازة ولا شك فى أن حيازة المستأجر هى حيازة مادية صرف لأنه إنما يسكن المنزل أو يزرع الأرض دون أن تقوم به نية امتلاك العقار أو محاولة الظهور بمظهر المالك له . ولا يمنع ذلك أن النص قد ورد بالنسبة للمستأجر دون سائر الحائزين العرضيين (الماديين) فانه فى نظر الدكتور/ عبد المنعم الشرقاوى إحدى تطبيقات نظرية الحيازة المادية ويسرى بالنسبة لجميع الحائزين العرضيين كالمودع لديه والمرتهن حيازياً والحارس فلهؤلاء جميعاً مباشرة دعاوى الحيازة بجميع أنواعها . ونتفق مع أستاذنا الدكتور فى ذلك ويتفق أيضا فى ذلك أستاذنا الدكتور/ السنهورى اذا أن القانون يحمى المستأجر بدعاوى الحيازة لا على أساس حق الملكية وانما لكونه حائزاً عرضياً لحق الملكية ولكنه حائزاً أصيلاً فى حقه كمستأجر وهذا ينطبق على سائر الحائزين العرضيين الذين كما ذكر ليست حيازتهم حيازة إحراز . وعليه فيجب أن يعامل الدائن المرتهن حيازياً معاملة المستأجر وسائر الحائزين العرضيين لأنهم حائزين عرضيين لحق الملكية أما بالنسبة لحقهم فهم حائزين أصليين [٣، ٤] . ومما يؤكد أن هذه هى القاعدة التى أخذ بها القانون المدنى الجديد ان المادة ٩٥٨ من القانون المدنى (فقرة ثانية) قضت بأنه يجوز أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره فهى بذلك تولى الحائز الحق فى مباشرة دعوى استرداد الحيازة .

حيث أصبح الان لا يوجد أى فرق بين دعوى الاسترداد ودعوى منع التعرض الا فيما يتعلق بشرط السنة حيث سمح القانون لمباشرة دعوى الاسترداد فى حالات خاصة (م ٩٥٩ مدنى) . حيث تتوافر كافة الشروط من حيث أن تكون الحيازة المحمية ليست مجرد رخصة أو من الأعمال المباحة وأيضا الحيازة هادئة وظاهرة ولم تكن غامضة أو مشوبة بلبس ومستمرة وترد الحيازة على عقار وتوافر شرط ميعاد رفع الدعوى رغم اختلافها بين دعوى منع التعرض ووقف الاعمال الجديدة

(١) انظر فى ذلك المبحث الأول من هذا البحث في تعريف الحيازة .
(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٦ ص ٤٥٠ تعليقاً على المادة ٩٤٩ مدنى .
(٣) انظر فى ذلك البند ٥٩ ص ٩٨ : ١٠٠ من كتاب المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية ١٩٥٦ للدكتور عبد المنعم الشرقاوى .
(٤) انظر فى ذلك البند ٢٦٧ص ١١١٢ ، ١١١٣ من الوسيط فى أسباب كسب الملكية للسنهورى طبعة ١٩٩٣ وانظر فى ذلك البند ٤٨٧ ص ٥٠٢ من كتاب شرح الحقوق العينية الاصلية للدكتور البدراوى طبعة ١٩٥٦ الطبعة الثانية ، وانظر ايضا البند ١١٠ ص ١١٩ من كتاب الملكية والحقوق العينية للدكتور/ محمد كامل مرسى طبعة ١٩٤٢ ، وانظر ايضا البند ٨٦ ص ٣١٤ للدكتور جميل الشرقاوى طبعة ١٩٧١ .

واسترداد الحيازة ونرى أن أهم دعاوى الحيازة هى دعوى الاسترداد ذلك أن الاعتداء يصل فيه إلى حد سلب الحيازة لذا نرى أن ميعاد رفع الدعوى هذه كان راجعاً لطبيعة الاعتداء الواقع على الحيازة .

الرد على الرأى الأول والرأى الوسط :

نود أن نوضح فى بادىء الأمر أن الأسباب التى أخذ بها الرأى الوسط (١) هى نفس الأسباب التى أوردها أصحاب الرأى الأول القائلين بأن القانون المصرى قد أخذ بالنظرية الشخصية فى حمايته للحيازة ولذلك سيكون ردنا واحد بالنسبة لهذين الرأيين .

وكما أوردنا سالفاً أننا ننضم لرأى الدكتور/ الشرقاوى ونردد معه ما يقوله للرد على الرأيين (٢،٣) :

أولاً : أن المذكرة التفسيرية للقانون المدنى أشارت صراحة إلى أن الحيازة لا تتوافر إلا باجتماع عنصريها المادى والمعنوى . والواقع أن هذه الإشارة جاءت تعليقاً على المادة ٩٤٩ التى عرفت الحيازة بصفة عامة ولم تقتصر على الحيازة التى تؤدى إلى الملك . وقد فسرت المذكرة التفسيرية المشار إليها المقصود بالعنصر المعنوى فى الحيازة بأنه « نية استعمال حق من الحقوق » وهذا فى الواقع يختلف عن المعنى الذى يقصده أصحاب هذا الرأى وهو ضرورة نية التملك للحق موضوع الحيازة والظهور بمظهر المالك له . ومما يقطع فى أن المقصود مما ورد فى المذكرة التفسيرية غير ما فهم أصحاب الرأى المعارض أن مذكرة المشروع التمهيدى الذى أشارت إليه هذه الحجة جاء فيها تعليقاً على المادة ٩٤٩ مدنى « أن الحيازة هى سيطرة فعلية على شىء أو حق فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة كما تجوز الحقوق الشخصية » فإذا كان الحق الشخصى يصلح أن يكون موضوعاً للحيازة فلا يتصور أن تكون الحيازة بنية التملك .

ثانياً : أن المشرع عندما أراد أن يجيز للحائز نيابة عن غيره مباشرة إحدى دعاوى الحيازة (دعوى استرداد الحيازة) فقد نص عليها فى المادة ٩٥٨ ومفهوم المخالفة أن يبين أن ليس لمثل هذا الحائز مباشرة دعاوى الحيازة الأخرى وإذا كان المشرع يعنى بالحيازة السيطرة المادية لكان فى غنى عن هذا النص وكما سبق أن أوضحنا فى الأسانيد الخاصة بتأييد اتجاه المشرع المصرى للأخذ بالنظرية المادية فى حماية الحيازة ونحيل الرد على ذلك اليه ونورد بعض الردود الخاصة على هذا الرأى حيث أن المشرع وجد أنه فى غير حاجة إلى تكرار هذه الأحكام فى كل دعوى من دعاوى الحيازة وقد صار مسلماً أن الحيازة التى تبرر رفع دعوى الحيازة لها طبيعة واحدة فى جميع أنواع هذه الدعاوى وقد أكد المشرع ذلك فى إعطاء المستأجر الحق فى رفع دعاوى الحيازة المختلفة فى المادة ٥٧٥ مدنى .

ثالثاً : ان المشرع ينص فى المادة ٥٧٥ مدنى على أن للمستأجر الحق فى أن يرفع باسمه على المعترض جميع دعاوى الحيازة .فاذا كان لكل الحائزين العرضيين الحق فى رفع هذه الدعاوى لكان هذا النص عديم الجدوى . والواقع أن هذه الحجة لا يمكن أن تصلح لتأييد الرأى المعارض لان إيراد هذا النص الخاص باعتباره تطبيقاً لقاعدة عامة أمر طبيعى فى التشريع وقد جرى عليه القانون المدنى فى كثير من أبوابه وفصوله ومثالاً لذلك المواد ١٥٩ التى تقضى بانقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه والمادة ٦٦٤ التى تقضى بانقضاء عقد المقاولة بسبب استحالة تنفيذه فالمادة ٦٦٤ تطبيقاً للمادة ١٥٩ ومع ذلك لم يقل أحد بأن المادة ٦٦٤ عديمة الجدوى (٤) ويؤكد ذلك الرأى استاذنا الدكتور السنهورى وذلك رداً على ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية (٥) . ونرى أن المشرع

---

(١) انظر فى ذلك البند ٣٤٤ ص ٥٢٥ من كتاب حق الملكية الطبعة الثالثة ١٩٦٧ للدكتور عبد المنعم الصدة .

(٢) انظر فى ذلك البند ٥٩ ص ٩٨ : ١٠٠ من كتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور/ عبد المنعم الشرقاوى الطبعة الثانية ١٩٥٦ وأيضا انظر الرد بالمطلب الثانى من هذا البحث .

(٣) انظر فى ذلك البند ٥٩ص ١٠ : ١٠٢ من كتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور / عبد المنعم الشرقاوى ، المرجع السابق .

(٤) انظر فى ذلك المرافعات المدنية والتجارية للدكتور/ عبد المنعم الشرقاوى بند ٥٩ ص ١٠٣ : ١٠٣ ، الطبعة الثانية ١٩٥٦ .

(٥) انظر فى ذلك الوسيط فى أسباب كسب الملكية للدكتور / السنهورى الطبعة المنقحة ١٩٩٣ بند ٢٦٧ ص ١١١٣ فى الهامش .

يصرح كل فترة عن التعبير بأخذه بالنظرية المادية لحماية الحيازة وكان ذلك باصداره للقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بإضافة المادة ٤٤ مكرر لقانون المرافعات المدنية والتجارية .

رابعاً: ان المشرع يحمى الحيازة لأنه يعتبرها قرينة على تملك الحق والحيازة التى تعد قرينة ومظهر لتملك الحق هى الحيازة القانونية وهى بعينها تؤدى إلى كسب الحق بالتقادم ونرد على ذلك بأن المشرع قصد التفرقة بين نوعين من الحيازة : حيازة تؤدى إلى التملك وهى التى يشترط فيها نية التملك وحيازة يحميها بدعاوى الحيازة ويكفى فيها الحيازة المادية . حقيقة أن المشرع يحمى الحيازة باعتبارها قرينة على تملك الحق ولكن ليس معنى ذلك أنه لا يحميها إلا إذا كانت قد توافرت لها شروط تملك الحق بل هو يحميها لمجرد المظهر الخارجى حتى يثبت صاحب الحق عكس هذا الظاهر ومما يقطع فى هذا النظر تأييد لرأينا أن المادة ٩٦٣ جعلت الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية والمادة ٩٦٤ جعلت الحيازة القانونية قرينة على الملكية [١] ومحصل هذا كله أن الحيازة المادية تكون قرينة على الملكية . ولسنا بحاجة إلى القول للتحدى بالتشريع أو بالفقه أو القضاء الفرنسى فى هذا الشأن لا يجدى لأن المشرع المصرى فى رأيه قد نبذ نظرية المشرع الفرنسى واقتبس النظرية الالمانية فى الحيازة . وفرق بين حيازة تؤدى إلى الملكية ويشترط فيها نية التملك . وبين حيازة تحميها دعاوى الحيازة واكتفى فيها بالحيازة المادية ، ويؤيد ذلك أيضا فى رأينا ما نص عليه القانون المدنى فى المادة ٩٧٢ مدنى ذلك أن الحائز العرضى لا يكسب الحق الذى يباشر عليه الحيازة بالتقادم بل أنه يمارس الحق ولديه قصد ممارسة الحق ومباشرة الأعمال المادية عليه لذا كان ممارسة حقه محل حماية من القانون

المبحث الثانى
تعريف الحيازة العرضية

تعرضنا فيما سبق فى المبحث السابق لتعريف الحيازة مع بيان للعنصران المادى والمعنوى المكون لها وأيضا للنظرية التى أخذ بها القانون المصرى لحماية الحائز وقد كان ذلك تمهيداً لبيان الحيازة العرضية باعتبار أنها جزء من الأصل وهى الحيازة لذلك أثرنا التعرض للحيازة بوجه عام حتى اذا ما انتهينا فنتطرق للموضوع الرئيسى للبحث الخاص بنا وهو الحيازة العرضية من حيث تعريفها ومراتبها أو اقسامها ثم بعد ذلك أحكامها .

وتعرف الحيازة العرضية او الحائز العرضى بأنه [٢]

هو كل شخص انتقلت اليه من الحائز السيطرة المادية على الشىء يباشرها باسم الحائز ولحسابه وذلك بموجب عقد كما هو الحال فى التابع والوكيل والمستأجر وصاحب حق الانتفاع والمرتهن رهن حيازة وغيرهم مما يرتبطون بعقد مع الحائز أو بحكم القضاء أو القانون لتأدية مهمة معينة كما هو الحال فى الحارس والسنديك ومصفى الشركة بعد حلها والوصى والقيم والوكيل عن الغائب .

المطلب الأول
مراتب الحيازة العرضية

ولقد أثرنا لفظ مراتب الحيازة العرضية لما فى لفظ المرتبة من تحديد للحائز العرضى وسلطته على الحق محل الحيازة وتنقسم الحيازة العرضية إلى مرتبتين :

المرتبة الأولى : وتمثل هذه المرتبة الحائزون العرضيون الذين ينزلون من الحائز الأصلى منزلة التابع من المتبوع فيأتمرن بأوامره ويلتزمون تعليماته وليست لهم أية حرية فى التصرف وقد نصت عليهم الفقرة الأولى من نص

---

(١) انظر فى ذلك مجموعة الاعمال التحضرية جـ٥ ص ٤٨٣ .

(٢) انظر البند ٢٧٠ ص ١١٢٥ من الوسيط فى أسباب الملكية الجزء التاسع المجلد الثانى الطبعة المنقحة ١٩٩٣ للدكتور / عبد الرزاق السنهورى .

المادة ٩٥١ مدنى وهم الحائزون لحساب الحائز الأصلى حيث يعتبرون حائزون بالوساطة ويتمثل هؤلاء فى الخدم والعمال والمستخدمين والطاهى والسائق وناظر الزراعة والوكيل والولى والوصى والقيم اذا كان الحائز الاصلى قاصر أو محجور عليه مميزاً وأيضا فى المدير أو المفوض عن الشخص المعنوى وبوجه عام فى كل من يباشر السيطرة المادية على الشىء لحساب غيره ويكون تابعاً فى هذه السيطرة بأوامر من يباشرها لحسابه فحيازتهم مجرد إحراز .

المرتبة الثانية : ويمثل هذه المرتبة الحائزون العرضيون الذين يحوزون لحساب غيرهم ولكنهم لا يعتبرون أتباعاً للحائز الأصلى بل يبقى لهم شىء من حرية التصرف فى حيازتهم ويدخل ضمن هؤلاء صاحب حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى وحق الحكر والدائن مرتهن رهن حيازة والمستأجر والمزارع والمستعير والحارس والمودع عنده .

فهؤلاء يتفقون مع أصحاب المرتبة الأولى فى أنهم يحوزون لحساب غيرهم فهم جميعاً حائزون عرضيون ولكنهم يختلفون عن الحائزون فى المرتبة الأولى فى أنهم بجانب أن حيازتهم مادية بل يجمعون إلى هذه الحيازة حيازة صحيحة كاملة لحق عينى أو حق شخصى يحوزونه لحساب انفسهم ويتوافر لديهم السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب أنفسهم فهم لا يعتبرون لهذا الحق حائزون عرضيون بل حائزون أصليون فالحائزون فى هذه المرتبة السابق ذكرهم آنفا حائزون عرضيون لحق الملكية حيث يحوزون هذا الحق لحساب المالك لا لحساب أنفسهم ولا يباشرون إلا السيطرة المادية نيابة عنه أما بالنسبة إلى الحق العينى من انتفاع واستعمال وسكنى وحكر ورهن حيازى أو الحق الشخصى فهم يحوزون هذا الحق لحساب أنفسهم لذلك فإن الحائزون فى هذه المرتبة يستحقون الحماية التى قررها القانون بدعاوى الحيازة الثلاثة .

المطلب الثانى
احكام الحيازة العرضية

والحائز العرضى لا يستطيع أن يتمسك بتلك الحيازة لكسب الحق محل الحيازة بالتقادم [١] أو بحماية حق الملكية إلا باسم الحائز الأصيل اذ أن الحائز العرضى يجوز لحسابه ومهما طالت مدة حيازة الحائز العرضى للحق فإنه لن يتملكه بالتقادم فالدائن المرتهن لرهن حيازى لا يستطيع أن يكسب ملكية العين المرهونة بالتقادم مهما طال الزمن الذى تبقى فيه العين فى يده ولو زاد على خمسة عشرة سنة [٢] وتبقى الحيازة العرضية على صفتها هذه مهما طالت وتنقل الحيازة العرضية من الحائز العرضى إلى وارثه حيازة عرضية كما كانت عند المورث هذا ويقرر القانون للحائز العرضى بصفة عامة أهم دعاوى الحيازة وهى دعوى استرداد الحيازة وان كان لا يمنع فى رأينا تطبيق ما قرره المشرع بالنسبة للمستأجر من رفع دعاوى الحيازة الثلاثة بمقتضى المادة ٥٧٥ مدنى باعتبار أن ذلك قاعدة عامة لا استثناء بالنسبة للحائزون فى المرتبة الثانية وجدير بالذكر أن المشرع قد قرر تلك الحماية كما سنرى فى إصداره للمادة ٤٤ مكرر المضافة لقانون المرافعات المدنية والتجارية بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ هذا ويفترض فى الحائز العرضى أنه هو الحائز الأصلى ان يثبت العكس وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ٩٥١ الفقرة الثانية منها حيث يفترض أن الحائز العرضى يحوز لنفسه إلى أن يثبت العكس .

وكما أوضحنا تظل الحيازة العرضية لا تؤدى إلى كسب ملكية الحق محل الحيازة (العقار) وفقاً لما تنص عليه المادة ٩٧٢ الفقرة الأولى منها ولكن يمكن للحائز العرضى أن يكتسب الحق بالتقادم إذا تغيرت صفته إما بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك . وبالنسبة لفعل الغير فلابد أن يكون تصرفاً ناقلاً للملكية اذ أن الحائز يعتبر بداية من هذا الوقت يحوز لحساب نفسه لا كحائز عرضى وقد يكون هذا الغير الحائز الاصلى نفسه كما فى حالة المؤجر الذى يبيع العين المؤجرة للمستأجر فتحول حيازة المستأجر من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية فيكتسب حقه وله رفع جميع دعاوى الحيازة ضد المؤجر والمالك الحقيقى . أما الفعل الذى يصدر من الحائز نفسه فلابد أن يكون معارضة لحق

---

(١) انظر فى ذلك الوسيط الجزء السادس فى الايجار الطبعة المنقحة فقرة ٢٧١ ص٢٨٢ للدكتور السنهورى وأيضاً البند ٢٧١ و٢٧٢ ص ١١٣١ : ١١٤٨ من الوسيط الجزء التاسع اسباب كسب الملكية طبعة ١٩٩٣ للدكتور السنهورى .

(٢) انظر فى ذلك نقض مدنى جلسة ١٩٨١/٥/١٩ مجموعة أحكام النقض سنة ٣٢ رقم ٢٧٨ ص ١٥٣٨ .

المالك وإنكار منه لحق المالك وأمام ملأ من الناس ويقوم بنزع ملكية العين له وينكر حق المالك عليها [1] وذلك يخضع لقاضي الموضوع تحت رقابة محكمة النقض .

المبحث الثالث

تعريف الحيازة في الشريعة الإسلامية

تعريف الحيازة لغة :

جاء في القاموس : الحوز ، الجمع وضم الشيء [2]

أما واضعوا المعجم الوسيط فقد أضافوا إلى معنى الضم الامتلاك فمن حاز الشيء حيازة ضمه وملكه وأضاف ابن المنظور إلى معنى الملك : القبض والاستبداد بالشيء ،فقال حازه يحوزه :إذا قبضه وملكه واستبد به.

والملاحظ أن الجامع لمعاني الحيازة في اللغة : هو التسلط والاستحواذ وهو مناسب لمعانيها في الاصطلاحين القانوني والشرعي .

تعريف الحيازة في الشريعة الإسلامية :

إهتمت الشريعة الإسلامية بالحيازة . وقد كان أكثر المذاهب الإسلامية إهتماماً بالحيازة ، المذهب المالكي ونتعرض في هذه الجزئية لتعريف الحيازة في المذهب المالكي :

تعددت التعاريف في المذهب المالكي - أولاً في مختصر خليل :

أولهما : في ترجيح أحد البينتين على الأخرى ، حيث يكون أحد اسباب هذا الترجيح وضع اليد فيقول خليل : وبيد أن لم ترجح بينه مقابلة وجاء في شرح الحطاب : قال القراضي في كتاب الدعاوى (تنبيه) اليد عبارة عن القرب والاتصال فأعطاهما ثياب الانسان التي عليه ونعله . ومنطقته ويليه البساط الذي هو جالس عليه والدابة التي هو راكبها وتليه الدابة التي هو سائقها أو قائدها والدار التي هو ساكنها فهي دون الدابة بعدم الاستيلاء على جميعها ، قال بعض العلماء فيقدم أقوى اليدين على أضعفهما فلو تنازع الساكنان الدار سوى بينهما بعد ايمانهما والراكب مع الراكب والسابق قبل يقدم على الراكب مع يمينه انتهى فتأمله والله أعلم[3] .

وفي شرح نفس عبارة خليل يقول الدردير في الشرح الكبير (بيد) أي بوضع اليد بأن تكون الدار أو العرض في حوز أحدهما [4] .

وعبارة خليل الثانية وان حاز اجنبي غير شريك وتصرف .

وقد عرف الشيخ علي الصعيدي : أحد شراح رسالة ابن أبي زيد القيرواني :

الحيازة هو وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز المالك في ملكه بالنباء والغرس والهدم وغيره من وجوه التصرف [5، 6] .

وفي الشرح الكبير يقول الدردير في تعريف الحيازة

الحيازة هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف يكون بواحد من أمور سكنى أو اسكان أو زرع أو غرس أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر أو عتق أو كتابة أو وط في رقيق .

ومن الواضح أن هذه الافعال تشكل الركن المادي في الحيازة . حيث تتمثل في السيطرة والاستيلاء المادي على الشيء والقيام بأعمال مادية عليه دون أن يكون لدى الحائز نية التملك وفقاً لما ذكره الفقهاء من حيث الصيغة اللفظية [7] .

---

(١) انظر ذلك أيضا نقض مدني جلسة ١٩٨١/٥/١٩ مجموعة أحكام النقض لسنة ٢١ رقم ١٣٨ ص ٨٦٢ ، ونقض مدني جلسة ١٩٨١/٣/٢٤ لسنة ٣٢ ق وأيضا نقض مدني جلسة ١٩٧٦/١١/٢٣ لسنة ٢٧ ق رقم ٣٠٢ ص ١٦٢٧ ونقض رقم ٧٦ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢٣ ونقض رقم ٦٢ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/٥/١٤ انظر في ذلك الفقرة ١٤١٥ و١٤٧١ ص ٧٧١ و٧٧٤ الموسوعة الذهبية القواعد التي قررتها محكمة النقض « الاصدار المدني - الجزء الرابع » طبعه ١٩٨٢ للأستاذ/ حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني مطبعه الدار العربية للموسعات .

(٢) انظر القاموس المحيط لصاحبه محمد بن يعقوب الفيروز ابادي الشيرازي ، جـ٣ ص ١٨٠ فصل الحاء باب الزاي - محمد فريد وجدي في كتابه المرسوم دائرة معارف القرن الرابع عشر ومنشورات دار المعارف للطباعة والنشر بيروت جـ ٣ ص ٦٤٨ سنة ١٩٧١ .

وانظر أيضا رسالة « دور الحيازة في الرهن الحيازي » للدكتور / بيان يوسف حمود رجيب طبعة ١٩٨٦ بند ٢١ ص ١١٥ ، ١١٦ كلية حقوق القاهرة .

(٣) انظر في ذلك رسالة « الحيازة بسوء نية كسبب لكسب الملكية » للدكتور مصطفى أحمد عبد الجراد حجازي ص ٦٩١ طبعة ١٩٩١ - كلية حقوق بني سويف جامعة القاهرة .

(٤) شرح الحطاب جـ ٦ ص ٢٠٥ .

(٥) حاشية على الصعيدى العدوى على رسالة ابن زيد القيرواني جـ٢ ص ٢٦٢ .

(٦) انظر الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي - للدكتور محمد عبد الجراد محمد البند ٣٤ ص ٦٥ ، ٦٦ طبعة ١٩٧٧ - ١٣٩٧هـ مطبعة منشأة المعارف .

(٧) حاشية الدسوقي : على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٩٥

ويلاحظ على التعاريف السابقة للحيازة أنها يبرز منها بشكل واضح الركن المادى فى الحيازة كما سبق الإشارة أما الركن المعنوى فهو ينطوى فى طيات التعريف حيث أن الاستيلاء إذا لم يكن بقصد امتلاكه أو على الأقل لترتيب حق عينى عليه لأصبح لغوا ولما ساغ ذكره فى التعريف حيث أن الفقه الإسلامى فى معظمه لا يقتصر على وجود نية التملك فقط بل يفترض فى الغالب أن يكون الحائز مالكاً فعلياً للشىء المحوز هذا ويستعمل المذهب المالكى والحنبلى كلمة الحيازة . أما فقهاء باقية المذاهب فتستعمل كلمة اليد .

ويستند فقهاء المذهب المالكى باعتباره أنه المذهب الأكثر تعرضاً واهتماماً وبحثاً فى الحيازة إلى حديثين لرسول الله ﷺ :

أولا : الحديث الأول : عن رسول الله ﷺ .

لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم [1]

وهذا الحديث وان قطع بأن الحقوق لا يمكن أن تسقط بالتقادم فلا يكون للحيازة أثر فيما يتعلق بملكيتها ولأن فقهاء المذهب المالكى يقولون بأن هذا الحديث معلل بوجود الأسباب المانعة من الطلب بالغيبية البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع الحضور حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطلب كان طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوى بها سبب المطلوب والامتلاك به خاص بما فى الذمة [2] .

ثانيا : الحديث الثانى : عن رسول الله ﷺ انه قال :

فى رواية أولى : « من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو حق به منه » [3] .

وفى رواية ثانية : « من احتاز ارضاً عشر سنين فهى له » [4] .

وفى رواية ثالثة : « من حاز شيئاً عشر سنين فهو له » [5] .

هذا وقد وردت أحاديث الحيازة فى مدونه الإمام مالك وجاء ذلك فى موضوعين هما كتاب الشهادات وكتاب الدعوى [6,7,8] أما بالنسبة لمختصر خليل فقد وردت النصوص بوضع اليد وللحيازة فى باب العدل هو مسلم عاقل بالغ وهو باب الشهادة أو باب الشهادات عند شراحه فجاءت فى شهادة السماع والترجيح فى البينتين المتعارضين والحيازة .

المطلب الأول

تعريف الحيازة العرضية فى الشريعة الإسلامية

إنتهينا فيما سبق من تعريف الحيازة فى الشريعة الإسلامية ونتعرض فى هذا المطلب لتعريف الحيازة العرضية حيث يعرف فقهاء المذهب المالكى باعتباره أكثر المذاهب اهتماماً وتعرضاً للحيازة بوجه عام وللحيازة العرضية بوجه خاص وسنتناول فيما يأتى تعريف الحيازة العرضية .

أولا : يقول الدردير « لان الحوز قد يكون عن ملك وغيره فهو اعم من الملك والأعم لا يستلزم الأخص » [9]

ويقول ابن فرحون : « اذا عرف أصل دخول الحائز فى الملك مثل أن يكون دخوله بكراء أو عارية أو غصب أو اعمار ، فهو محمول على ذلك ولا ينتفع بحيازته حتى يأتى بأمر محقق من شراء أو صدقة أو هبه ونحو ذلك » [10] .

---

(١) وقد ورد فى الحديث في فتح العلى المالك جـ٢ ص ٣٢٠ .
وأنظر أيضا الدكتور محمد عبد الجواد المرجع السابق بند ٣٢ ص ٦٥، ٦٦

(٢) انظر الحطاب فى مواهب الجليل شرح مختصر سيدى خليل جـ٦ ص ٢٢٩

(٣) انظر كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال للشيخ علاء الدين على التقى ابن حسام الدين الهندى البرهانى طبعة حيدر أباد ١٣١٣ جـ٢ ص ١٨٦ تحت ٩٠٨٨ « برواية من احتاز ارضاً عشر سنين فهى له » .

(٤) انظر فى ذلك ابن عبد الرزاق فى الجامع عند زيد بن اسلم وانظر ايضا فتح الاشراف بمعرفة الاطراف لحافظ جمال الدين ابن الحجاج يوسف بن الذكى عبد الرحمن بن يوسف . مطبعة الدار القيمة بهيوندى بماى الهندى جـ١٣ ص ٥٩٩٨ تحت رقم ١٨٦٦٢ طبعة عام ١٤٠٣هـ ١٩٨٢م .

(٥) انظر فى ذلك حاشية الدسوقى على الشرح الكبير « ابو الحسن على بن عبد السلام التسولى » فى كتابه المبهجة فى شرح التحفه مطبوعات شركة مانتيه ومطبعة مصطفى البابلى الحلبى مصر جـ٢ ص ٢٥٤ ، ١٩٥١ .

(٦) انظر فى ذلك المدونه الجزء ١٣ جـ٢ ص ٢٧ ، ٢٨ ، ٥٣ .

(٧) وانظر فى ذلك الدكتور/ محمد عبد الجواد محمد المرجع السابق بند ٢٣ ص ٥٠ ، ٥١ .

(٨) وانظر أيضا الدكتور/ بيان يوسف حمود رجيب المرجع السابق بند ٢٣ ، ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٣١ .

(٩) انظر الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقى جـ٤ ص ١٩٦ .

(١٠) انظر تبصره الحكام فى هامش فتح العلى المالك جـ٢ ص ١٠٣ .

ويقول ابن جزى : فى مناسبة ترجيح يد الحائز على ادعاء المدعى «إلا أن اثبت (المدعى) أن بيد الحائز على وجه الكراء أو المساقاه أو الأعمار أو شبه ذلك» [1] . وبذلك يميز فقهاء المذهب المالكى تميزاً واضحاً بين الحائز المالك ولو فى الظاهر والحائز العرضى الذى تقتصر حيازته على السيطرة المادية على الشيء المحوز دون ادعاء ملكيته وهم يعتبرون الحوز أعم من الملك لأنه يشمله وغيره . فكما أن يكون الحائز مالكاً وهذا هو الظاهر يمكن أيضا أن يكون مجرد حائز عرضى فالحيازة العرضية لا أثر لها بالنسبة لمن يدعى ملكية العين المحوزة ولا يحمل للحائز العرضى أية علاقة بملكية هذا العين وهذا هو نفس الموضع فى القانون المصرى والقانون الرومانى القديم فى مفهوم الحيازة [2] .

المطلب الثانى

حماية الحيازة العرضية فى الشريعة الإسلامية

انتهينا فى المطلب السابق من تعريف الحيازة العرضية فى الشريعة الإسلامية ونتعرض فى هذا المطلب لحماية الحيازة العرضية وسوف يتركز بحثنا لهذه الحماية على أهم مثالين فى نظرنا كحائزين عرضيين وهما المستأجر والدائن المرتهن حيازى .

ذلك كما بينا بالنسبة لتأثر القانون المصرى فى حماية الحيازة العرضية بأخذه بالنظرية المادية فى حماية الحائز العرضى بمقتضى المادة ٥٧٥ مدنى بالنسبة للمستأجر وأعطاه الحق فى رفع دعاوى الحيازة المقررة قانوناً . ونرى أن استبقاء المشرع المصرى عبارة دعاوى وضع اليد مما يتضح معه تأثر المشرع المصرى بالشريعة الإسلامية والتى تطلق على دعاوى الحيازة دعاوى وضع اليد .

ومن المعروف أن الفقه [3] الإسلامى يقوماً أساساً على الاحكام الشرعية المنصوص عليها فى القرآن الكريم وعلى ذلك الاحكام المنصوص عليها فى أحاديث الرسول الله ﷺ وأنه نتيجة لذلك يعتد اعتداد كبير بالاسس الدينية والخلقية ولما كان القرآن الكريم ينص على القوة الملزمة للعقود والعهود بقوله تعالى ﴿ يأيها الذين آمنوا أوفو بالعقود ﴾ [4] صدق الله العظيم . فإن الفقهاء يقررون أنه متى التزم الشخص بعقد فإن أى التزام يصدر منه بعد ذلك متعلقاً بمحل الالتزام الأول لا يكون له تأثير فى الأول وتطبيقاً لذلك فإنه إذا قام شخص بتأجير عين يملكها أو رهنها لآخر ثم قال بعد ذلك ببيع هذه العين لشخص ثالث فإن هذا البيع لا أثر له على حق المستأجر أو الدائن المرتهن بل أن البيع يعتبر موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر وننبه فى هذا المقام . إلى أنه إذا كان التعرض للحيازة من جانب المؤجر فإنه لا يعد اعتداء على الحيازة بل أن التعرض يكون الفيصل فيه بالرجوع إلى عقد الإيجار بين المؤجر والمستأجر . حيث لا يحق للمستأجر رفع دعاوى الحيازة ضد المؤجر وفى فقه المذهبين المالكى والحنفى نجد حماية سابقة لحق كل من المستأجر والدائن المرتهن .

اولاً : سنتعرض إلى حماية المستأجر كحائز عرضى فى فقه المذهب المالكى :

فقد جاء فى المدونه فى كتاب الاستحقاق « عنوان فرعى » فى الرجل يكترى الأرض فيزرعها ثم يستحقها رجل فى أيام الحرث وغير الحرث وما نصه « قلت » ارأيت ان اكتريت أرضاً سنة واحدة بعشرين ديناراً لأزرعها فلما فرغت من زراعتها وذلك فى أيام الحرث بعد فأتى رجل فاستحقها لا يكون له أن يقلع الزرع فى قول مالك أما لا (قال) : ليس له أن يقلع زرع هذا الزارع . اذا كان الذى اكراه الأرض لم يكن غصبها وكان المكترى لم يعلم بالغصب لأنه زرعها بأمر كان يحوز له ولم يكن متعدياً (قلت) ولم لا يكون لهذا الذى استحق أن يقلع زرع هذا الزارع وقد صارت الأرض أرضه ؟ (قال) قد أخبرتك لأن الزارع لم يزرع غصباً [5] وانما زرع على وجه شهبه وقد قال مالك فيمن

---

(١) انظر قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية دار العلم للملايين بيروت ص ٣٣٢ .

(٢) انظر فى ذلك الدكتور / محمد عبد الجواد محمد بند ٣٩ ص ٧٢ ، ٧٣ المرجع السابق .

(٣) انظر فى ذلك الدكتور/ محمد عبد الجواد محمد المرجع السابق بند ٤٠ ص ٧٣ .

(٤) الآية الأولى من سورة المائدة .

(٥) انظر فى ذلك المدونه الجزء ١٤ ص ٤٧ ، ٧٧ ، ٧٩ ، ٨٠ .

زرع على وجه شبهه أنه لا يقلع زرعه ويكون عليه الكراء وعلى ذلك فحماية المستأجر فى هذه الصورة تقضى أمرين أولهما ألا يكون المؤجر غاصباً وثانيهما ألا يكون المستأجر عالماً بالغصب وهذا ما يسميه القانون الوضعى «بحسن النيه» أى لا يعلم بأنه غاصب فإن الإمام مالكاً يرى أنه زرع على وجه شبهه ولذلك لا يقلع زرعه .

ثانياً : اما بالنسبة لحماية الدائن المرتهن :

فقد جعلت مدونه الإمام مالك عنوناً « فى بيع الراهن الرهن بغير أمر المرتهن أو بأمره » [1] وهنا نصه (قال) وقال مالك إذا رهن الرجل رهناً فباعه الراهن بغير إذن المرتهن (قال) فلا يجوز بيعه وان اجازه المرتهن جاز البيع وعجل للمرتهن حقه ولم يكن للراهن أن يأبى ذلك إذا باع الرهن بغير إذن المرتهن فأجاز ذلك المرتهن (قال سحنون) إنما يكون للمرتهن أن يجيز البيع أو يرد إذا باعه الراهن بأقل من حق المرتهن فأما إذا باعه بمثل حق المرتهن أو أكثر . فلا خيار له . لأن المرتهن أخذ حقه فلا حجه له (قال مالك) فإن باعه بإذن المرتهن فقال المرتهن لم آذن للراهن فى البيع ليأخذ الرهن الثمن (قال) يحلف فإن حلف فأتى الراهن برهن ثقة يشبه الرهن الذى باعه . أخذه المرتهن وقف له رهناً وأخذ الراهن الأول وقف هذا الثمن إلى محل أجل دينه ولم يعجل للمرتهن الدين (قلت) وما ذكرت من أن المرتهن إذا أذن للراهن فى البيع لم يكن نقصاً للرهن : إنما ذلك إذا باع الراهن والرهن فى يد المرتهن لم يخرج يده قال (نعم) (قلت) فان أمكن المرتهن الراهن من الرهن لبيعه وأخرجه من يده إليه ليكون الرهن قد خرج من الرهن ؟ (قال) نعم أراه قد نقض رهنه حيث أسلمه إلى الراهن وإذن له فيما إذن له فيه من البيع (قلت) وهذا قول مالك ؟ قال نعم هو قول مالك .

ويتضح من هذا النص وما يشمل عليه من حالات أن المقصود هو حماية حق الدائن المرتهن بضمان وصول حقه إليه إذا بيع المال المرهون ضماناً لحقه وهذه هى الأحكام التى تستخلص من النص :

١ - بيع المدين الراهن للمال المرهون موقوف على اجازة الدائن المرتهن إذا لم يكن ثمنه كافياً لسداد دينه .

٢ - إذا اجاز الدائن المرتهن بيع المال المرهون . امتنع على المدين الراهن البائع الرجوع فى البيع وذلك على أساس أن الدائن المرتهن قد تنازل عن حقه فى جميع البيع نافذاً لازماً .

٣ - ضمان استيفاء الدائن المرتهن لحقه فى ذمة المدين الراهن ويرتب على ذلك أنه إذا باع المدين المرتهن المال المرهون بما يساوى دين الدائن المرتهن أو أكثر منه ووفاه دينه فليس لهذا الدائن حق اجازة البيع وإنما يكون حق الاجازة فى حالة بيع المال المرهون بثمن يقل عن دين الدائن المرتهن بحيث يتبقى له جزء من الدين لم يسدد .

٤ - اذا باع المدين الراهن المال المرهون ولم يدفع للمرتهن دينه فانه يجب عليه أن يقدم له رهناً مماثلاً .

٥ - اذا كان الدين مؤجلاً ولم يحل موعد ادائه فإن بيع المال المرهون لا يسقط الأجل بل يبقى الثمن مخصصاً لسداد دين الدائن عند حلول أجله .

٦ - اذا سلم الدائن المرتهن المال المرهون الذى كتبه للمدين الراهن فباعه هذا فان الدائن المرتهن يكون قد تنازل عن حقه فى حبس المال المرهون .

ثالثاً : حماية الحيازة العرضية فى المذهب الحنفى :

حيث جاء فى التزام البائع بتسليم المبيع حيث نصت المادة ٢٦٨ من المجلة على أنه إذا بيعت أرضاً مشغولة بالزرع يجبر البائع على رفع الزرع بحصاده أو رعيه وتسليم الأرض خاليه للمشترى .

ولكن المادة ٥٩٠ من المجلة تنص على أنه : لو باع الآجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع والمشترى وإن لم يكن نافذاً فى حق المستأجر حتى أنه بعد انقضاء مدة الإجارة يلزم البيع فى حق المشترى وليس له الامتناع عن الاشتراه إلا أن يطلب المشترى تسليم المبيع من البائع قبل انقضاء مدة الإجارة ويفسخ القاضى البيع لعدم إمكان تسليمه وان جاز المستأجر البيع يكون نافذاً فى حق كل منهم ولكن لا يؤخذ

(١) انظر فى ذلك الدكتور/ محمد عبد الجواد المرجع السابق بند ٤٢ ص ٧٤

المأجور من يده ما لم يصل اليه مقدار ما لم يستوفه من بدل الإجاره الذى اعطاه نقداً ولم يسلم المستأجر المأجور قبل استيفائه ذلك سقط حق حبسه .

وهكذا يتضح بكل جلاء أن حق المستأجر السابق على البيع مقدم على حقه [1] المشترى واذا كان نص المجلة قاصراً على المستأجر فان المادة ٣٩٣ من مرشد الحيران تنص على أن : بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوفاً على إجازة المرتهن والمستأجر فإذا أجاز المستأجر البيع أو مضت المدة أو انفسخت الإجارة نفذ البيع ولا ينزع العقار من المستأجر حتى يستوفى ماقدمه من الأجرة الغير مستحقة . وكذلك الحكم ان أجاز المرتهن أو قضى الراهن دينه أو أبراه المرتهن منه يتم البيع وليس للمستأجر والمرتهن فسخ البيع ولا للمؤجر أو الراهن وأما المشترى فله خيار الفسخ قبل الإجارة وإن كان يعلم بالإجارة والرهن وإذا كان القانون يحمى الحائز العرضى وبخاصة المستأجر [2] ويحمى حقوق الدائن المرتهن إلا أن حماية الفقه الإسلامى للحيازة العرضية أقوى من حماية القانون . وبهذه النتيجة تنتهى من المطلب الثانى من المبحث الثالث بالحيازة العرضية وحمايتها .

الفصل الثانى
المعالجة التشريعية لحماية الحيازة

تعرضنا فيما سبق لموقف المشرع المصرى فى حماية الحائز العرضى وإن كان المشرع المصرى قد أعطى الحق للمستأجر فى رفع دعاوى الحيازة الثلاثة وفقاً لما تنص عليه المادة ٥٧٥ مدنى إلا أننا سنبحث فى هذا الفصل ما هو أحدث من وسائل كفلها القانون لحماية الحيازة بوجه عام سواء كان التعرض للحيازة موجه للمالك وهو الحائز بالفعل أو موجه إلى الحائز العرضى . ورغم أن المشرع قد كفل حماية الحيازة بدعاوى الحيازة المختلفة إلا أنه وإزاء تزايد منازعات الحيازة فقد قررا بنص قانونى جديد إضافة إلى مواد قانون المرافعات حيث قرر إعطاء النيابة العامة سلطة أوسع مما كانت لها من قبل حيث أنه وفقاً لما تقضى به المادة ٤٤ مكرراً من القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . حيث للنيابة العامة أن تصدر قراراً بحماية الحيازة عند عرض منازعات الحيازة عليها سواء كانت مدنية أو جنائية .

وعليه فإننا سنبحث المعالجة التشريعية فى مبحثين .

المبحث الأول : فى الحماية الوقتية للحيازة وفقاً للقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

المبحث الثانى : فى الطعن على القرار الصادر بشأن الحيازة .

المبحث الأول
الحماية الوقتية للحيازة
وفقاً للقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ [3]

فى أول يونيه ١٩٩٢ صدر القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والذى تم نشره بالجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر والذى تتضمن نصوصه فى المادة ١١ منه على الغاء المادة ٣٧٣ مكرراً من قانون العقوبات وأيضاً فى المادة الرابعة منه بإضافة المادة ٤٤ مكرراً والمادة ١٧٤ والذى يهمنا هو فى هذا المقام هو المادة ٤٤ مكرراً والتى تم اضافتها إلى مواد قانون المرافعات بجانب المادة الأخرى والتى لا تدخل فى موضوع بحثنا ، وقد قرر المشرع تاريخ سريان القانون وحدده ابتداء من الأول من شهر اكتوبر ١٩٩٢ .

هذا وقد نصت المادة ٤٤ مكرراً من القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على الآتى :

على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيازة مدنية كانت أو جنائية أن تصدر فيها قراراً وقتياً مسبباً واجب التنفيذ فوراً بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة . ويصدر القرار المشار إليه من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل . وعلى النيابة العامة اعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره . وفى جميع

---

(١) انظر الدكتور/ محمد عبد الجواد محمد ، بند ٤٤ (ب) ص ٧٦ ، ٧٧ المرجع السابق .

(٢) انظر فى ذلك المرجع السابق بند ٣١ ص ٦٢ للدكتور / محمد عبد الجواد محمد .

(٣) انظر فى ذلك القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر أول يونيو ١٩٩٢ .

انظر فى ذلك المادة ١١ و٤ و١٣ من القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

انظر فى ذلك المذكرة الايضاحية للمادة ٤٤ مكرراً من القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

الاحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن أما القاضى المختص بالأمور المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة فى ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم إعلانه بالقرار . ويحكم القاضى فى التظلم بحكم وقتى بتأييد القرار أو بتعديله أو بإلغائه وله بناء على طلب التظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل فى التظلم .

وقد كان لتزايد منازعات الحيازة خلال الفترة الأخيرة بالنسبة للمساكن أو على الأراضى الزراعية ويشهد بذلك الواقع العملى . حيث أن منازعات الحيازة قد وصلت فى بعض الأحيان إلى درجة الجريمة الجنائية . مما جعل المشرع يفكر فى بحث وسيلة فى حماية مؤقتة لحيازة الأفراد دون أن يمس بذلك أصل الحق المتنازع على حيازته . وقد كان الخلاف حول طبيعة قرار النيابة الصادر فى هذه المنازعات . وهل هو قراراً قضائياً أم هو قراراً ادارياً يقبل الطعن عليه أمام محكمة القضاء الإدارى وقد كان ذلك محل خلاف ونقاش وجدل دائم أمام المحاكم وقد وصل الخلاف إلى أشده خلال الفترة السابقة على صدور القانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ والخاص بتعديل قانون العقوبات بإضافة المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات إليه .

مراحل تطور طبيعة قرار النيابة العامة الصادر فى منازعات الحيازة

اولا : قبل صدور القانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ :

فقد كان الخلاف كما سبق أن ذكرنا حول طبيعة قرار النيابة العامة الصادر فى منازعات الحيازة وخاصة فيما يتعلق بقرارها التقليدى وهو يبقى الحال على ما هو عليه وعلى المتضرر اللجوء إلى القضاء لذلك كان هذا القرار محل جدل فهل هو قرار قضائى ام قرار ادارى يقبل الطعن عليه . وقد كان قضاء محكمة القضاء الإدارى قد جرى على أن النيابة العامة هى فى حقيقة الأمر شعبة أصيلة من شعب السلطة التنفيذية تجمع بين طرف من السلطة القضائية وأخر من السلطة الإدارية إذ خصتها القوانين بصفتها أمينة على الدعوى العمومية بأعمال من حجم الأعمال القضائية وهى تلك التى تتصل باجراءات التحقيق والاتهام كالقبض على المتهمين وحبسهم وتفتيش منازلهم ورفع الدعوى العمومية ومباشرتها وحفظها إلى غير ذلك من الإجراءات المنصوص عليها فى قانون الاجراءات الجنائية وغيرها من القوانين وهذه الأعمال هى أعمالاً قضائية تخرج عن دائرة رقابة المشروعية التى يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بمباشرتها على القرارات الإدارية أما التصرفات الأخرى التى تباشرها النيابة العامة خارج نطاق هذه الأعمال القضائية فهى تصدر عن النيابة العامة بصفتها سلطة إدارية وتخضع فى ذلك لرقابة المشروعية التى للقضاء الإدارى على القرارات الإدارية متى توافرت فى القرار مقومات القرار الادارى بمعناه الاصطلاحى قانوناً .

ولما كان الفصل فى منازعات مواد الحيازة معقود للقضاء المدنى ولا اختصاص للنيابة العامة فى هذا المجال إلا اذا كان الامر يعد جريمة من جرائم الحيازة المنصوص عليها فى المادتين ٣٦٩ ، ٣٧٠ عقوبات . والقرار الذى يعد قراراً إدارياً من النيابة العامة ولا يرقى إلى درجة الجريمة ولا تتوافر فيه شروط التجريم فانه يعد قراراً إدارياً بالمفهوم الاصطلاحى المقصود فى مجلس الدولة لصدوره من النيابة العامة فى حدو د وظيفتها الادارية [1] وهكذا كما لاحظنا فان مناط القرار هل هو ادارى أما قضائي يرجع الفصل فيه إلى أن النيابة العامة وهى تباشر القرار وتصدره بصفتها ووظيفتها الجنائية كسلطة اتهام ويدخل التعدى فى الحيازة مكوناً لاحدى جرائم الحيازة المنصوص عليها فى قانون العقوبات فان القرار الصادر من النيابة هو قراراً قضائياً لا يقبل الطعن عليه أمام مجلس الدولة أما إذا كان صادر من النيابة اثناء مباشرتها لوظيفتها الادارية فانه قرار ادارى يخضع لرقابة المشروعية والتى يختص بها القضاء الإدارى .

---

(١) انظر فى ذلك الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٧٧١ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٣ س٢٥ ص ٣٢٠ .
انظر فى ذلك الطعن رقم ٨٧ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٧٨/٦/١٠ المحكمة الادارية العليا مجموعة ١٥ سنة عليا ص ١٣٩ .
انظر فى ذلك الطعن رقم ٦٠٢ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٤ مجموعة ١٥ سنة عليا ص ١٤٢ والطعن رقم ٦٤٥ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٠ مجموعة ١٥ سنة عليا ص ١٤٢ .
انظر في ذلك الطعن رقم ٧٨٦ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٨١/١٢/٥ والطعن رقم ١٣٤٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٢ والطعن رقم ١٣٤١ لسنة ٢٥ق ١٩٨١/١٢/١٩ مجموعة المكتب الفنى بهيئة مفوضى الدولة .

ثانياً : بعد صدور القانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ بتعديل قانون العقوبات بإضافة المادة ٣٧٣ مكرراً :

حيث نصت المادة ٣٧٣ مكرراً المضافة إلى قانون العقوبات بالآتى :

« يجوز للنيابة العامة متى قامت دلائل كافيه على جدية الاتهام فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد السابقة من هذا الباب . دخول بيت مكون أو معد للسكنى بقصد منع حيازة الحائزة أو ارتكاب جريمة فيه أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظى لحماية الحيازة على أن يعرض هذا الأمر خلال ثلاثة أيام على الاكثر على قاضى الحيازة الجزئى المختص لاصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده أو بتعديله أو بالغائه ، ويجب رفع الدعوى الجنائية خلال ستين يوماً من تاريخ صدور هذا القرار وعلى المحكمة عند نظر الدعوى الجنائية أن تفصل فى النزاع بناء على طلب النيابة العامة أو المدعى بالحقوق المدنية أو المتهم بحسب الأحوال بعد سماع أقوال ذوى الشأن بتأييد القرار أو بالغائه وذلك كله دون مساس بأصل الحق . ويعتبر الأمر أو القرار الصادر كأن لم يكن عند مخالفة المواعيد المشار اليها وكذلك إذا صدر أمر بالحفظ أو بأن لا وجه لإقامة الدعوى » وقد عرض أمر النيابة الصادر فى منازعات الحيازة فى ظل النص المتقدم على محكمة القضاء الإدارى بجلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ بمناسبة الدعوى التى أقامها الدكتور حسن توفيق ضد قرار النيابة العامة بمنع تعرضه لأعضاء مجلس نقابة التجاريين بشأن منصب النقيب فأرست المحكمة مبدأ هاماً حيث قررت : « قرارات النيابة العامة فى شأن الحيازة فى ظل القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ تعتبر قرارات قضائية » [(١)] .

وبهذا رسم المشرع وفقاً لما جاء بنص المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات والمضافة بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ طريقاً لجرائم التعدى على الحيازة أو انتهاك حرمة ملك الغير وأصبح هذا السبيل هو وحده الذى يتعين ولوجه وهو طريق متكامل من شأنه اسباغ صفة القرار القضائى على قرار النيابة العامة المؤيد بقرار مسبب من قاضى الحيازة الجزئى وبهذا اخرجت هذه القرارات من نطاق القرارات الإدارية ولم تدخل فى اختصاص محاكم مجلس الدولة فيتعين الحكم بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى [(٢)] .

ثالثاً : بعد صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ :

حيث أضاف المشرع فى المادة الرابعة من القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ إضافة المادة ٤٤ مكرراً إلى مواد قانون المرافعات المدنية والتجارية وبناء على ما أعطاه المشرع للنيابة العامة من سلطة فى إصدار قرارات وقتية مسببة واجبة التنفيذ فوراً حيث أنه سلب ما كان لقاضى الحيازة الجزئى من سلطة إصدار قرار بتأييد أو الغاء أو تعديل قرار النيابة العامة فى مسائل الحيازة وفقاً لما كان يقضى به القانون فى المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات وبذلك أصبحت النيابة العامة صاحبة الاختصاص الأصيل فى إصدار تلك القرارات دون معقب عليها وبذلك تلافى المشرع المشاكل التى أثارها العمل بنص المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات وأصبحاً قرار النيابة العامة بمقتضى المادة ٤٤ مكرراً قراراً قضائياً لا منازع فيه حيث جعل المشرع التظلم منه سواء أكان القرار صادر فى منازعة مدنية أو جنائية . أمام قاضى الأمور المستعجلة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان ذوى الشأن بقرار النيابة .

دور النيابة العامة فى منازعات الحيازة المعروضة عليها وفقاً لنص المادة ٤٤ مكرراً

حيث أنه وفقاً للنص الجديد للمادة ٤٤ مكرراً . إذا ما أثار نزاع حول الحيازة فإن لأى من ذوى الشأن الإلتجاء إلى النيابة العامة لحماية حيازته سواء أكان الاعتداء على حيازته يمثل احدى صور الاعتداء المجرم فى قانون العقوبات فى المواد من ٣٦٩ : ٣٧٣ عقوبات أو أن الأمر لا يشكل سوى نزاعاً مدنياً وفقاً لما جاء بنص المادة ٤٤ مكرراً حيث يرى البعض [(٣)] أن العبارة الواردة فى النص معيبة وهى المتعلقة بنوع المنازعة « مدنية أو جنائية » ذلك أن المنازعة لا تطلق إلا على المنازعة المدنية أو حيث تقع جريمة فلا تكون بصدد منازعة بالمعنى القانونى .

---

(١) انظر فى ذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى الدعوى رقم ٢٧٤٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ .

(٢) وانظر أيضا المبدأ ٥١ ، ٥٦ ، ٥٧ ص ٥٠ : ٥٥ من كتاب « القرار الإدارى فى قضاء مجلس الدولة للمستشار المساعد بمجلس الدولة / حمدى ياسين عكاشة طبعة ١٩٨٧ .

(٣) انظر فى ذلك « الوسيط فى قانون القضاء المدنى » الطبعة المنقحة ١٩٩٣ البند ٦٤ مكرر ص ١٠٨ للأستاذ الدكتور / فتحى والى .

هذا وينطبق نص المادة ٤٤ مكرراً على جميع صور الحيازة سواء أكانت متعلقة بحق عينى عقارى أو أى حق آخر وبذلك يخرج من نطاق المادة ٤٤ مكرراً طلبات اثبات الحالة [١] التى يتقدم بها الأفراد إلى مراكز وأقسام الشرطة والتى قد يطلب فيها انتقال أحد أفرادها إلى عقار لاثبات حق عينى عليه .

وتقوم النيابة العامة بإجراء التحقيق بنفسها أو بإجراء المعاينة أو سماع أطراف النزاع والتحقق من الحائز الفعلى والإطلاع على محاضر الاستدلالات . وقد تندب النيابة العامة أحد أعضائها للقيام بالاجراءات السابقة أو أن تندب أحد مأمورى الضبط القضائى القيام بإجراء المعاينة أو أى إجراء تندبه فى القيام به .

وتصدر النيابة قرارها بالنسبة لمنازعة الحيازة المعروضة عليها إما بحفظ الشكوى أو بابقاء الحال على ما هو عليه أو بتمكين من انتزعت حيازته من الحيازة .

وجوب تسبيب قرار النيابة العامة :

حيث أوجب المشرع فى المادة ٤٤ مكرراً على وجوب تسبيب قرار النيابة تسبيباً كافياً ومبيناً الوقائع والأسانيد القانونية التى ينبنى عليه حيث لا يصلح التسبيب المبستر [٢] أو القاصر . فلا يجوز مثلاً أن تسبب القرار بأنه ثبت لها من محضر الضبط أو التحقيق الذى أجرته أن فلاناً هو واضع اليد على العقار ويحوزه وأن الخصم الآخر ينازعه بغير حق وأن ذلك تأيد بالمعاينة .

قرار النيابة الصادر فى الحيازة واجب التنفيذ فوراً :

حيث يكون للقرار الصادر من النيابة العامة قوة تنفيذية وينفذ القرار وفقاً لإجراءات التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات ولو كانت المنازعة مدنية . وهذا هو الهدف الرئيسى من جعل سلطة الحماية الوقتية للحيازة للنيابة العامة لما يتسم به قرارها من السرعة الحاسمة فى تنفيذ قرارتها . وهذا أيضا ما أوضحه الكتاب الدورى رقم ١٥ الصادر من السيد المستشار النائب العام [٣] فى الأول من أكتوبر ١٩٩٢ بمناسبة العمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

وينفذ القرار بمجرد صدوره ولو لم يتم اعلانه لذوى الشأن أو قبل انقضاء ميعاد الثلاثة أيام المحددة لاعلانه لذوى الشأن . حيث أن الأمر لا يتعلق بسند تنفيذى [٤] ويجب إعلان السند التنفيذى وتكليف المنفذ ضده قبل إجراء التنفيذ . كما أنه لا يجوز رفع الإشكال لوقف تنفيذه أمام قاضى التنفيذ أو حتى التظلم منه للمحامى العام والذى يرأس النيابة العامة مصدراً القرار حيث أن العمل قد جرى على التظلم من قرار النيابة وفقاً لما يقضى به قانون الإجراءات الجنائية . حيث يتم التظلم من القرار للمحامى العام أو للنائب العام ولكن المشرع سلب هذا الحق وخوله للقاضى الطبيعى وهو قاضى الأمور المستعجلة .

اعلان قرار النيابة لذوى الشأن :

لم يبين النص الوارد فى المادة ٤٤ مكرراً طريقاً معيناً لاعلان ذوى الشأن بقرار النيابة وكان ذلك محل خلاف حول كيفية إعلان ذوى الشأن . حيث ذهب البعض ونحن معه وهو الرأى الراجح لنا . حيث أن الإعلان يتم وفقاً لما تنص عليه المادة السادسة مرافعات والتى توجب على أن يكون الاعلان بواسطة المحضرين حيث يكون بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة وإن كانت النيابة العامة لا تمثل أحد من هؤلاء إلا أنه يمكن القول بأن نص المادة ٤٤ مكرراً يخول النيابة هذه السلطة اضافة إلى من ذكرتهم المادة السادسة من قانون المرافعات . ويؤكد ذلك أيضا فى رأينا ما أشار اليه الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من السيد المستشار النائب العام فى ١/ ١٠/ ١٩٩٢ فى البند الثانى من هذا الكتاب والذى صدر بصدد العمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

---

(١) انظر فى ذلك « شرح قانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ » للمستشار / عز الدين الدناصورى والأستاذ / حامد عكاز المحامى ص ٢٩ طبعة سبتمبر سنة ١٩٩٢ .

(٢) انظر فى ذلك المرجع السابق ص ٢٨ للمستشار / عز الدين الدناصورى والأستاذ/ حامد عكاز المحامى .

(٣) انظر فى ذلك الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر عن النائب العام بتاريخ ١/ ١٠/ ١٩٩٢ بصدور العمل بقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

(٤) انظر المرجع السابق « الوسيط » بند ٦٤ ص ١١٠ للدكتور / فتحى والى .

جزاء عدم إعلان قرار النيابة خلال ثلاثة ايام من تاريخ صدوره لذوى الشأن :

لا يرتب القانون جزاء على ذلك حيث أن القرار قد صدر صحيحاً فى ذاته وأن مخالفة ذلك يرتب عليه فقط عدم بدء ميعاد التظلم من القرار . إلا من اعلان القرار اعلاناً صحيحاً لذوى الشأن . وان كان يرى البعض [1] انه لا يجوز إعلان القرار عن طريق رجال الإدارة لما ينطوى على ذلك من فتح مجالاً للتلاعب لذلك كان الكتاب الدورى رقم ١٥ فاصلاً فى ذلك .

هذا وقد أوجب البند الرابع من الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ [2] الصادر من النائب العام على ضرورة إقامة الدعوى الجنائية قبل من يثبت أنه قد ارتكب أفعالاً من المعاقب عليها بمقتضى المواد ٣٦٩ : ٣٧٣ عقوبات على أنه مما يلاحظ أن القيد الوارد على النيابة العامة فى إقامة الدعوى الجنائية خلال ستين يوماً من صدور قرار قاضى الحيازة وفقاً لنص المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات قد الغى بإلغاء المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات بالمادة رقم ١١ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وبذلك أصبح قيد الميعاد قد زال عن عاتق النيابة العامة حيث كان الجزاء المرتب على عدم إقامة الدعوى الجنائية خلال ستين يوماً باعتبار القرار الصادر كأن لم يكن وكان ذلك فى ظل المادة ٣٧٣ مكرراً الملغاة بالمادة ١١ من القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وبذلك إذا لم تقم النيابة العامة بإقامة الدعوى الجنائية فإن ذلك لا يمنع الخصم الذى أضير من التعدى على حيازته من إقامة جنحة مباشرة بالطريق المباشر .

النيابة المختصة باصدار حماية الحيازة :

لم تحدد المادة ٤٤ مكرراً النيابة المختصة بإصدار قرار حماية الحيازة . ونرى عدم تحديد النيابة المختصة راجعاً لوحدة النيابة العامة وأما بالنسبة للتخصص الذى كان موجوداً سابقاً وعلى سبيل المثال نيابة أمن الدولة ونيابة البلدية ونيابة الأموال العامة فقد لاحظنا خلال الأيام التالية للعمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وابتداء من أول أكتوبر ١٩٩٢ أن النيابات المتخصصة قد أدمجت واصبحت نيابة عامة واحدة تشمل كافة القضايا سواء تعلقت الاعتداءات على أمن الدولة أو أموال الدولة أو الإتجار بالمخدرات . ورغم ذلك فإن النص قد حدد درجة عضو النيابة المختص بإصدار القرار وهو ألا يقل عن رئيس نيابة وذلك لما له من الخبرة والدراية اللازمة ولما تتسم به هذه المنازعات من أهمية خاصة وقد يندب رئيس النيابة أحد أعضاء النيابة لاتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق أو سماع الشهود أو إجراء المعاينة ثم يصدر رئيس النيابة قرار حماية الحيازة وحيث أوجب القانون على أن لا يقل درجة عضو النيابة عن رئيس نيابة سواء أكانت نيابة جزئية أو نيابة كلية ورغم ذلك فقد جاء بالكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ أن مصدر القرار هو المحامى العام المختص وعلى المحامى العام المختص إستطلاع رأى المحامى العام الأول فى الهام فى تلك المنازعات وبذلك يتضح لما لأهمية منازعات الحيازة أن السيد المستشار النائب حدد فى كتابه الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر عنه أن يكون مصدر القرار محامى عام [3] .

المبحث الثانى

الطعن على القرار الصادر بشأن الحيازة

وسوف نتعرض فى هذا المبحث للحديث عن الطعن أو التظلم على القرار الصادر من النيابة العامة والذى كما سبق القول بأنه لابد أن يكون مسبباً وواجب التنفيذ فوراً ويجب إعلانه لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام . وبمجرد إعلانه لذوى الشأن يبدأ ميعاد التظلم من القرار أمام القاضى المستعجل وفقاً لما تقضى به المادة ٤٤ مكرراً .

---

(١) انظر فى ذلك المرجع السابق ص ٣٠ للمستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ / حامد عكاز المحامى .

(٢) انظر فى ذلك الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ « البند الرابع » .

(٣) انظر فى ذلك الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر عن النائب العام فى ١٩٩٢/١٠/١ « البند الأول منه » بصدد العمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

ميعاد التظلم:

يبدأ ميعاد التظلم من قرار النيابة كما أوضحنا سالفاً من تاريخ إعلان ذوى الشأن وهم من صدر القرار فى حماية أى منهما أو أى شخص أخر ممن أضير بالقرار حيث يظل ميعاد التظلم ممتداً إلى أن يتم إعلان قرار النيابة لذوى الشأن ضمن تاريخ إعلان يبدأ حساب ميعاد التظلم .

المحكمة التى تنظر التظلم:

وقد حددت المادة ٤٤ مكرراً المحكمة المختصة بنظر التظلم وهى محكمة الأمور المستعجلة سواء التى بها مقر المحكمة الابتدائية أو المحكمة الجزئية خارج المدينة حيث يختص قاضى الأمور المستعجلة بنظر التظلم وإن كنا نرى أن قاضى الأمور المستعجلة قد ينظر فى نفس الوقت المنازعات الخاصة بالتنفيذ وإن كان ذلك خارجاً عن مجال حديثنا ولكن ذلك مما نراه فى الواقع العملى كما هو الشأن فى محكمة القاهرة للأمور المستعجلة حيث ينظر رئيس المحكمة القضايا المنظورة أمامه بعضها مستعجل والأخر يدخل فى اشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ .

اجراءات التظلم:

أوضحت المادة ٤٤ مكرراً إجراءات التظلم حيث يكون التظلم أمام قاضى الأمور المستعجلة وذلك برفع دعوى بالاجراءات المعتادة أمام القضاء المستعجل . والذى يقع فى دائرته النزاع على الحيازة . ويحدد المتظلم فى تظلمه أسباب تظلمه من القرار الصادر من النيابة وأسانيده والحجج التى يستند اليها [١] ويحدد المتظلم طلباته والتى تكون بطبيعة الحال إما الغاء قرار النيابة مع وقف تنفيذه وهذا هو الغالب وذلك إذا ما كان قرار النيابة قد صدر بتمكين خصمه من الحيازة . وقد يكون قرار النيابة ببقاء الطرفين المتنازعين فى الانتفاع بحيازة العقار أو تمكين خصمه من الانتفاع بالحق العينى عليه .

سلطة القاضى المستعجل فى الفصل فى التظلم المقدم له من قرار النيابة الصادر فى حماية الحيازة:

حيث حددت المادة ٤٤ مكرراً سلطة القاضى المستعجل فى التظلم المعروض أمامه من قرار النيابة الصادر فى حماية الحيازة بألا تزيد عن ثلاثة أمور إما إلغاء القرار أو تعديله أو تأييده على أنه يجب على القاضى المستعجل التأكد من ميعاد التظلم وهل تم التظلم خلال خمسة عشر يوماً من الاعلان حتى يكون التظلم مقبول شكلاً وعلى القاضى من تلقاء نفسه ان يحكم بعدم قبول التظلم شكلاً لعدم التظلم من القرار خلال الميعاد الذى نص عليه القانون لأنه ميعاد متعلق بالنظام العام ونتفق فى ذلك مع بعض ما قال بهذا الرأى فى صدد أهمية ميعاد التظلم [٢] وقولنا بذلك حتى لا يكون التلاعب بالميعاد سيفاً مسلطاً على رقبة الخصوم .

وقد حدد القانون فى إيقاف تنفيذ قرار النيابة حيث يكون من ضمن طلبات المتظلم فى تظلمه ويقرر القاضى المستعجل وقف التنفيذ بناء على طلب المتظلم إلى حين الفصل فى التظلم وفقاً لما قضت به المادة ٤٤ مكرراً وما أشار إليه الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام [٣] .

ولابد من أن يكون الحكم الصادر فى التظلم من القاضى مسبباً وإلا كان مشوباً بالقصور فى التسبيب . حيث إذا ما اصدر القاضى حكماً مؤسساً على ان قرار النيابة فى محله ويؤيده لأسبابه . حيث لابد أن يشتمل التسبيب على الوقائع ودفاع الخصوم والأدلة على الرأى الذى خلص اليه .

وحيث أن الحكم الصادر فى التظلم ليس إلا حكماً وقتياً يحوز حجية مؤقتة لا تؤثر على أصل الحق وبذلك لا يتعرض القاضى المستعجل لأصل الحق عند نظر التظلم المطعون فيه على قرار النيابة العامة ، هذا ويقبل الحكم الصادر من القاضى المستعجل للطعن عليه بالاستئناف [٤] .

---

(١) انظر فى ذلك الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار على ضوء احكام النقض للمستشار الدكتور عدلى أمير خالد ص ٢٢٠ طبعة ١٩٩٣ منشأة المعارف - اسكندرية .

(٢) انظر فى ذلك شرح قانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ للمستشار / عز الدين الدناصورى والأستاذ / حامد عكاز المحامى ص ٣١ .

(٣) انظر فى ذلك : المرجع السابق ص ٢٢٠ للمستشار الدكتور/ عدلى أمير خالد .

(٤) انظر فى الوسيط طبعة ١٩٩٣ المنقحة بند ٦٤ ص ١١١ للدكتور فتحى والى .

خاتمة

بعون الله تعالى وبفضله نختتم هذا البحث والذى يعلم الله كم بذلت من بحث ومجهود ووقت حتى أصل إلى رأى آخذ به بالنسبة للحيازة العرضية وحمايتها ومدى تأثر القانون المصرى بأى من النظرتين سواء المادية التى أخذ بها فى حماية الحائز العرضى أو الحائز الأصيل أو النظرية الشخصية التى كان يأخذ بها التقنين المدنى القديم قبل مجموعة ١٩٤٨ للتقنين المدنى الجديد والذى لم يصرح صراحة أخذه بالنظرية الشخصية بل أخذ بالنظرية المادية فى حماية الحائز الأصيل والحائز العرضى كما يبين ذلك سالفاً وقد تعرضنا فى بحثنا للحديث عن القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ورغم ما يحاوله المشرع من حل سريع للمنازعات الخاصة بالحيازة إلا أننا نرى أن رغم هذه السلطة التى خولها المشرع للنيابة العامة إلا أنها موضع نقاش . ذلك أن طول التحقيقات قد يستغرق بعض الوقت وبالطبع هذا فى صالح من يجوز الشىء محل الحيازة أو الحق محل الحيازة (العقار) . ونرى حلاً لذلك هو تحديد مدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً تصدر بعدها النيابة العامة قرارها مع المراقبة التامة لاعمال رجال الادارة ذلك أننا نرى فى العمل بحكم اشتغالنا بمهنه المحاماة . المحاباة والنفوذ التى تكون للطرف أو ذوى الشأن ويستغلها فى صالحه . ولذلك نرى انتقال أعضاء النيابة بأنفسهم لإجراء المعاينة وسماع شهود الطرفين إن أمكن بعد إجراء المعاينة ورغم عدم تصور حدوث ذلك إلا فى أحوال بلاغ النيابة العامة فى الجرائم التى تعد جنايات والتى تستوجب انتقال النيابة العامة لمحل الواقعة أو ندب مأمورى الضبط القضائى فى الاجراءات قبل وصول النيابة لمحل الواقعة . ونظراً أيضا لكثرة البلاغات ومحاضر الاستدلالات المعروضة أمام النيابة العامة . هذا إلى جانب أن النيابة العامة لم يعد فيها نيابات متخصصة كما كان من قبل بل أصبحت نيابات واحدة تشمل كافة الجرائم التى تباشر التحقيق فيها سواء أكانت مالية أو جنائية أو متعلقة بالبناء .

ثانياً لابد أن يجعل المشرع مدة الفصل فى التظلم من قرار النيابة أمام قاضى الأمور المستعجلة لا يستغرق ميعاد يزيد عن شهر أو شهرين وعلى الرغم من أن التظلم يقدم للقاضى المستعجل إلا أن لفظ الاستعجال هذا ليس إلا على الورق فقط فالواقع العملى يثبت عكس ذلك فالدعوى المستعجلة تستغرق من الوقت كما لو كان اوفر على المتقاضى إقامتها أمام القضاء الموضوعى نظراً لتأجيل نظر الدعوى أكثر من مرة على أساس تقديم مستندات أو مذكرات أو لكون الدعوى متداولة فى الوقت المخصص لإجازة القاضى المستعجل الاصيل وطلبنا سرعة الفصل فى التظلم يرجع لكون أن المستفيد الوحيد من التأجيل هو من صدر قرار النيابة لصالحه .

لذلك نرى أن يحدد المشرع وقتاً قصيراً للفصل فى منازعات الحيازة سواء أكانت أمام النيابة أو حتى أمام القضاء المستعجل فى حالة التظلم من قرار النيابة العامة .

ثانياً: استعانة النيابة العامة لخبراء وزارة العدل وذلك ما كان موضوع النزاع المعروض أمامها يحتاج لبحث فى أصل الملكية أو إجراء المعاينة بندب منها على الرغم من أن خبراء وزارة العدل أمامهم قضايا من الكم لا تكفى فيها المدة التى تحددها المحكمة فى حكمها التمهيدى بندب خبير فى الدعوى . ولكن طلبنا ذلك على أساس سرعة الفصل ودون حاجة لفقد الوقت فى مسائل تحتاج للخبرة الفنية .

ثالثاً : مراقبة سلامة الإعلانات بقرار النيابة وذلك بالتحقيق من ذلك من مراقبة أعمال المحضرين فى تلك الاعلانات خاصة وان القانون حدد ميعاد التظلم خلال خمسة عشر يوماً من اعلان ذوى الشأن .

رابعاً: سرعة إرسال ملف مفردات القرار المطعون عليه والتى يتظلم منه ذوى الشأن وذلك حتى يكون فى البطء فى إرساله سبباً لتأجيل نظر التظلم الذى يتخذ شكل دعوى يحدد لها جلسات أمام القاضى المستعجل واستعمال الحد الأقصى للتغريم لأى من أطراف النزاع الذى يحاول جاهداً تأجيل نظر التظلم وأيضا تغريم قلم كتاب المحكمة المستعجلة إذا كان التأجيل من جانبه .

خامساً: نرى أنه اولى بالمشرع أن يجعل بدل من كلمة « يكون التظلم » يكون الطعن على قرار النيابة

ذلك ان المشرع مازال متأثراً بما جرى عليه العمل بالنسبة للقرارات التى تصدرها النيابة ويكون كما مضى بالتظلم منها للمحامى العام أو المحامى العام الأول أو للنائب العام نفسه بصفته الرئيس الأعلى للنيابات ذلك أن قرار النيابة مثل أى قرار يكون الطعن عليه إذا ما صدر ضد صاحب المصلحة أو المتضرر منه مثله مثل القرار الإدارى الذى يطعن عليه أمام القضاء الإدارى للحكم بالغائه وثمة ذلك أن المشرع جعل التظلم أمام القاضى المستعجل بدعوى ترفع بالاجراءات المعتادة .

وفى نهاية هذه الخاتمة ندعو الله ونشكره على فضله علينا وأن تكون هذه المقترحات التى وردت فى خاتمة البحث محل تقدير .

المراجع

أولاً : فى القانون المدنى :

١ - « دروس فى الحقوق العينية الاصلية » الكتاب الأول حق الملكية للأستاذ / جميل الشرقاوى مطبعة دار النهضة ١٩٧١ .

٢ - الوسيط الجزء السادس فى الايجار الطبعة المنقحة مطبعة دار النهضة العربية ١٩٨٨ للأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهورى .

٣ - الوسيط الجزء التاسع المجلد الثانى « فى أسباب كسب الملكية » مطبعة دار النهضة العربية ١٩٩٣ للأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى .

٤ - « شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الاصلية » طبعة ١٩٥٦ للأستاذ الدكتور/ عبد المنعم البدراوى .

٥ - « حق الملكية » الطبعة الثالثة ١٩٦٧ للأستاذ الدكتور / عبد المنعم فرج الصده .

ثانياً : فى القانون الجنائى :

١ - الموسوعة الذهبية للقواعد التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها ١٩٣١ - « الإصدار الجنائى » الجزء الثالث للأستاذ / حسن الفكهانى وعبد المنعم حسنى المحاميان لدى محكمة النقض طبعة ١٩٨١ مطبعة الدار العربية للموسوعات .

٢ - الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر عن النائب العام بمناسبة العمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

٣ - « شرح قانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ » للمستشار / عز الدين الدناصورى والأستاذ / حامد عكاز المحامى طبعة سبتمبر ١٩٩٢ .

٤ - الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار على ضوء أحكام النقض للمستشار / الدكتور / عدلى أمير خالد طبعة ١٩٩٣ منشأة المعارف اسكندرية .

ثالثاً : فى القانون الادارى :

القرار الإدارى فى قضاء مجلس الدولة طبعة ١٩٨٧ منشأة المعارف اسكندرية للمستشار المساعد بمجلس الدولة / حمدى ياسين عكاشة .

رابعاً : فى قانون المرافعات المدنية والتجارية :

١ - المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الرابعة عشر ١٩٨٦ للأستاذ الدكتور / أحمد أبو الوفا .

٢ - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية مطبعة دار النهضة طبعة ١٩٨١ للأستاذ الدكتور / أحمد الصاوى .

٣ - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثالثة ١٩٦١ للأستاذ الدكتور / رمزى سيف .

٤ - المرافعات المدنية والتجارية والنظام القانونى القضائى فى مصر طبعة ١٩٢١ مطبعة الاعتماد بمصر للأستاذ الدكتور / عبد الحميد أبو هيف .

٥ - المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الثانية ١٩٥٦ للأستاذ الدكتور / عبد المنعم الشرقاوى .

خامساً : فى الشريعة الإسلامية :

١ - القاموس المحيط لصاحبه / محمد بن يعقوب الفيروز أبادى الشيرازى .

٢ - المرسوم دائرة معارف القرن الرابع عشر ومنشورات دار المعارف للطباعة والنشر ببيروت ١٩٧١ للأستاذ / محمد فريد وجدى .

٣ - رسالة « دور الحيازة فى الرهن الحيازى » للدكتور / بيان يوسف حمود رجيب طبعة ١٩٨٦ كلية حقوق القاهرة .

٤ - حاشية على الصعيدى العدوى على رسالة أبن زيد القيروانى .

٥ - الحيازة والتقادم فى الفقه الإسلامى المقارن بالقانون الوضعى طبعة ١٩٧٧ - ١٣٩٧هـ مطبعة منشأة المعارف أسكندرية للأستاذ الدكتور / محمد عبد الجواد محمد .

وصف الدنيا

قال الامام على بن أبى طالب كرم الله وجهه فى وصف الدنيا .

دار أولها عناء وأخرها فناء ، حلالها حساب ، وحرامها عقاب ، من أستغني فيها فتن ومن افتقر فيها حزن .

نظرية التعسف
فى
استعمال الحق
فى
الفقه الإسلامى

الأستاذ / بدرت نوال محمد بدير
المحامى بالنقض

الفقه الإسلامي أظلت رايته بلاد المسلمين في أكبر بقعة عرفها التاريخ على وجه الأرض ، صان فيها حقوق الناس وحفظ مصالحهم فنعموا بعدالة التشريع وعدالة القضاء ، ذلك العدل الذى من أجله أرسل الله الرسل وأنزل الكتب ﴿ ولقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط ﴾ .

جهد القضاة والمفتون من الفقهاء في استنباط الأحكام من مصادر الشريعة كلما نزلت بهم قضية أو حز بهم أمر ، فكانوا يحدثون للناس أقضية بقدر ما أحدثوا ويصونون فيهم المصلحة التى أرادها الله من هذا الدين كما يقول تعالى : ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ . فقامت بذلك الحجة البالغة على كمال هذا الدين وعلى أنه شريعة الناس كافة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، وقامت بذلك الآية البينة على أن الفقه كائن حى ينمو ويؤتى أكله بإذن الله لتلبية حاجات الحياة ومطالبها على اختلاف الوان المجتمعات في كل عصر ، ونظرة واحدة إلى تطور الكتب الفقهية من زمن كبار الأئمة المجتهدين ترينا مبلغ الرقى المتزايد والنمو المضطرد الذى وصل إليه طالما كان يجلس مع القضاة على كراسى القضاء ويقعد مع المفتين في المجامع والمساجد .

النظرية : ونظرية التعسف في استعمال الحق تسميتها بهذا الاسم منقولة عن رجال الحقوق الغربيين ، ولكن هذه النظرية عرفها الاسلام منذ أرسل الله رسوله وأنزل عليه قرآنه واعتنقه الناس دينا وطبقوه في قضاياهم وسائر علاقاتهم شريعة محكمة : بين الحق كما بين مصادره وأنواع التعدى عليه مباشرة وتسبباً وعمداً وخطأ وعن طريق التحايل والذريعة ، فلم يترك قانونه قضية من غير حكم .

معنى التعسف في استعمال الحق :

قسم علماء الشريعة الحقوق إلى ما هو حق للعامة وضابطه ما يتعلق به النفع العام للمجتمع من غير اختصاص بأحد كالانتفاع بالطريق العام والأنهار العامة والمساجد ، وهذا يثبت للناس جميعاً حق الانتفاع به والدفاع عنه . الثانى الحق الخاص وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة للفرد كحقه في ملكه أو في ولايته على ولده ، وميزوا بين الحقين بأن الأول لا يمكن تمليكه ولا إسقاطه والثانى يمكن تمليكه واسقاطه .

وما دام التعسف في استعمال الحق شاملاً للقسمين يمكن إدماجهما في تعريف واحد نستخلصه من الاستعمالات المختلفة للفقهاء ، وهو ما يثبت للانسان استيفاؤه : سواء أكان عاماً أو خاصاً ، وسواء أكان حقاً متعلقاً بالمال كحق الملك في الأعيان وحق الانتفاع بالعين المستأجرة أو المستعارة وحق الحبس في المرهون ، أم كان حقاً غير مال كحق الولاية للشخص على أولاده وحق الزوجيه وحق الشورى للأفراد الذين يتأهلون لذلك وغيرهما من الحقوق السياسية .

ولا يأبى الفقه الإسلامى تقسيم فقهاء القانون له إلى شخص وعينى ، فالأول دين أو عمل أو امتناع عن عمل لشخص على آخر كالثمن المؤجل ومنفعه الأجير والامتناع عن الانتفاع بالمرهون أو الوديعة والحق العينى هو علاقة اختصاص لشخص على شيء في مواجهة الناس جميعاً كحق الملك وحق التصرف في المملوك وحق الارتفاق بالشرب والطريق ووضع الجذوع على حائط الجار .

وأسباب اكتساب هذه الحقوق إما اختيارية وإما اجبارية ، فالأولى العقد والعمل النافع كالفضالة ومنها ما إذا أنفق على اللقيط بغير إذن القاضى عند المالكية والعمل الضار كارتكاب الجرائم والامتناع الضار .

والسبب الجبرى أمران :

الأول : أوامر الشارع كالانفاق على الأولاد والضرائب من العشر والخراج والزكاة

والثاني : هو الإرث .

معنى التعسف :

التعسف في استعمال الحق تعبير وارد إلينا عن الحقوقيين الغربيين ، فيجمل بنا أن نعرفه ثم نتكلم عما يقابله في الفقه الإسلامي .

فالتعسف في استعمال الحق في القانون المدنى هو استعمال الحق على وجه غير مشروع ، فالمروض أن الحق أمر مشروع ومباح الاستخدام ولكن الذى استعمله نحا في ذلك نحواً غير مشروع وفرق بين التعسف وبين الفعل الضار أو الامتناع الضار لأن الأخيرين أمر غير مشروع أى ممنوع ومحرم من أول الأمر .

أما التعسف فهو استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع .

احوال التعسف فى القوانين الحديثة :

ذكرت القوانين المدنية ثلاثة أحوال للتعسف فى استعمال الحق هى :

الأول : أن يأتى الانسان بعمل مشروع ويقصد به الاضرار بالغير من غير أن تكون له مصلحة فيه .

الثانى : أن يأتى بعمل مشروع للحصول على مصلحة ضئيلة له لا تتناسب مع الضرر العظيم الذى لحق الغير من جراء هذا العمل .

الثالث : أن يأتى بعمل مشروع يقصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة ، وقد نص على هذا القانون المدنى فى المادة ٤ ، ٥ .

النظرية فى الفقه الإسلامى :

هذه النظرية مسطورة فى صميم الفقة الإسلامى وبارزة فى آيات الكتاب وأحاديث السنة بأوسع من معناها فى القانون وهى من المبادىء الكبرى التى حفظت بها الحقوق منذ كان الإسلام .

الأدلة عليها إجمالاً :

الأدلة عليها من القرآن والسنه

١ - قول الله تعالى : ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ﴾ .

سبب نزول هذه الآية كما أخرج ابن جرير وابن المنذر ، أن رجلاً من الأنصار يدعى ثابت بن يسار طلق زوجته حتى انقضت عدتها إلا يومين أو ثلاثاً راجعها ثم طلقها فعل ذلك بها حتى مضت لها تسعة أشهر يضارها : فأنزل الله تعالى الآية . يعنى إذا طلقتم النساء مفارقين إنقضاء عدتهن فأمسكوهن بالرجعة : بما هو متعارف فى الشرع من حسن العشرة أو اتركوهن حتى تنقضى عدتهن ، ولا تراجعوهن مضارين لهن بهذه الرجعة فيتحقق بذلك عدوانكم عليهن .

وجه دلالة الآية أن الإمساك حق للزوج ، وقد ندب الله تعالى إلى استعماله على نحو مشروع وهو الامساك مع المعاشرة الحسنة ونهى عن استعماله على نحو غير مشروع وهو استعماله على وجه المضارة على النحو الذى فعله ثابت ابن يسار وهذا بعينه هو إساءة استعمال الحق لأنه استعمال حق الامساك على وجه غير مشروع .

الدليل الثانى : قال الله تعالى بعد بيان نصيب الأخوات لأم من الميراث : ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله تعالى ﴾ . يعنى لكل من الأخوات لأم نصيب بعد اداء دين المورث واخراج وصيته : على أن يكون المورث قد أقر بالدين وأوصى من غير ضرار بورثته بأن يكون الدين صحيحاً والوصية لا ضرار فيها .

وجه الدلالة أن الوصية حق للمورث وله استعماله على وجه مشروع بأن يكون فيه بر بالورثة ولا يجوز استعماله على وجه غير مشروع بأن يكون إضراراً بالورثة كأن يوصى بأكثر من الثلث أو يوصى لأحد الورثة ، فالوصية مع الإضرار هى بعينها إساءة استعمال الحق .

الدليل الثالث : ما أخرج أحمد بسنده إلى عبد الله بن مسعود عن النبى ﷺ « لعن الله المحلِّل له » وماروى عن الأوزاعى عنه ﷺ : « يأتى على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع » .

وما أخرج البخارى عن النعمان بن بشير أنه ﷺ قال : « مثل القائم فى حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها وكان الذين فى أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا لو أنا خرقنا فى نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا فان تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً وان اخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً » .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث : أن الزواج والبيع عمل مشروع والزواج لأجل التحليل والبيع لأجل الربا عمل غير مشروع ، فلما قصد بالمشروع غير المشروع نهى عنه الشارع ، وحكم بفساده لأنه تعاون على الإثم وقد قال تعالى : ﴿ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ . ووجه الدلالة من الحديث الثالث أن الذين فى أسفل السفينة يستعملون نصيبهم وحقهم ولكن لما أرادوا أن

يستعملوه على وجه غير مشروع لأنه يضر الجماعة ضرراً عظيماً لايتكافأ مع مصلحة شربهم وترك إيذاء الفريق الأعلى اعتبره الشارع منكراً يجب أن يمنعوا عنه إلى غير ذلك من أدلة .

اشتراكية الحق فى الإسلام:

الحقوق الشخصية والعينية ليست مختصة بأصحابها فى الإسلام اختصاصاً مطلقاً وليسوا مستبدين فى التمتع بمزاياها استبداداً عما قد يتبادر من وضعها بالحقوق الخاصة .

بل الواقع أن للجماعة حقاً عاماً مشتركاً بينهم وذلك من ناحيتين :

الناحية الأولى : أن تصرف الشخص فيها مشروع بشرط سلامة الجماعة من ضرر ينشأ عن استعمال هذا الحق كما تشير إلى ذلك حديث الواقع فى حدود الله : ولهذا أذن للجماعة فى منعه استعماله للحق استعمالاً ضاراً بهم ، فصاحب الحق يجب أن ينظر إلى النتائج الناجمة عن استعماله إن قصد الضرر أو ترك الاحتراس أو أراد تحقيق مصلحة لا تتكافأ مع ضرر الغير أو مصلحة غير مشروعه .

الناحية الثانية : أن الحق كما جعل الله فيه مصلحة فردية لصاحبه جعل فيه مصلحة اجتماعية لصالح الجماعة لأنه من ثروة الأمة التى تعتمد عليها ، ولهذا نهى الشخص عن إتلاف ماله ، لأنه إن لم يصبه هو بالخسارة أصاب الجماعة ، ولأن الله جعل فيه نصيباً معلوماً للجماعة ، كما فى الزكاة والعشر والخراج ، ويدل على هذا النهى عن الاحتكار والنهى عن رفع الأسعار وحق الجماعة فى بيع المال المحتاج اليه على صاحبه عند الغلاء الشديد أو المجاعة .

ويشير إلى هذا الأصل العظيم قول الله تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً ﴾ وبهذا تبين أن الحق الخاص فيه جهة عموم نظراً للوظيفة الاجتماعية التى رتبها الشارع ، ولهذا المبدأ ارتباط وثيق بنظرية التعسف فى استعمال الحق من جهة أن صاحبه يجب أن يشعر بأن لغيره فيه نصيب لا يصح الاعتداء عليه .

تفصيل التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى :

تبين من دراستنا لأحكام التصرفات وما يعتبر منها مخالفة وما لا يعتبر أنه يمكن تعريفه بما يأتى هو تصرف الإنسان فى حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً .

ولشرح هذا الأصل الفقهى العام فى المسئولية إذا تصرف الإنسان فى حقه .

قرر الفقهاء كما فى الفقه الحنفى وغيره أن للانسان أن يتصرف فى ملكه تصرفاً معتاداً ولا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ ، وإنما يسأل عن الضرر إذا كان التصرف فى ملكه غير معتاد .

ويقصدون بالملك الحق بدليل أنهم ذكروا من فروع هذا الأصل ما لو سقى أرضه من الأنهار العظام التى ليست مملوكة للأفراد كالنيل والفرات أو ساق منها نهيراً إلى أرضه ، قالوا يجوز ذلك إلا إذا أضر بالعامة .

وفرعوا على هذا الأصل أموراً منها ما إذا سقى زرعه فنزلت أرض جاره وتلف بذلك زرع أو بناء إن سقاها سقياً معتاداً قدر ما تحتمله عادة لم يضمن وإن سقاها قدراً لا تحتمله ضمن ومنها ما إذا أحرق حصائده فى أرض مملوكة أو مستأجرة فاحترق بذلك شىء لجاره لم يضمن لأنه تصرف فى حقه تصرفاً معتاداً وان كانت الرياح مضطربة عند الإحراق فأحرقت شيئاً لغيره ضمن لأنه يعلم أن النار لا تستقر فكان مستعملاً لحقه استعمالاً غير معتاد أى فكان متعدياً .

ومن هذا يتبين حكم الفقه فيما لو حفر بئراً فى ملكه فغاص الماء من بئر جاره أو أدار آلة إدارة معتادة فتأذى السكان بضوضائها وهو أنه لا يضمن الضرر لأنه تصرف معتاد وحكم هذا الأصل يسرى على من قام بعمل لغيره بناء على عقد أو إذن كالطبيب والقاضى ومنفذ الأحكام إذا سلك الطريق المعتاد فى عمله فنختلف عن ذلك ضرر لا يضمن وإن جاوزه ضمناً ، ولهذا قالوا إن الختان والفصاد إذا هلك الغلام والمريض بجرحهما المعتاد لا يضمنان وإن جاوزاه ضمناً ، وكذلك القاضى إذا ظهر أنه حكم بغير الحق والمنفذ للعقوبة كالسجان والجلاد إذا تخلف عن قيامه بعمله المعتاد ضرر ، ويشير إلى هذا قول النبى ﷺ « إنما أنا بشر مثلكم وأنكم تختصمون

إلى ولعل أحدكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو مما أسمع فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فلا يأخذه » حيث لم يعتبر خطأ القاضى تعدياً بعدما تحرى فى عمله وجه الصواب .

وتصرف الإنسان فى حقه تصرفاً غير معتاد هو جماع مسائل التعسف فى استعمال الحق .

أصول مسائل الإساءة فى استعمال الحق :

ويمكن حصر أصول مسائل التعسف فى استعمال الحق بالاستقراء فى أربعة :

الأصل الأول : ما إذا استعمل حقه لا يقصد من ذلك إلا الإضرار بغيره وليست له مصلحة فيه ، وذلك كمن يدعى على آخر جريمة أو عملاً غير لائق لا يقصد بذلك إلا الإضرار به . هذه الدعوى لا تسمع ويعزر المدعى إذا ثبت ذلك بالقرائن ، وفى فقه المالكية لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة وليس غرضهم من هذا إلا أن يشهروا بهم ويوقفوهم أمام القضاء للإيلام والامتهان ، لا تسمع الدعوى ويؤدب المدعى .

ومن ذلك ما إذا أراد الزوج أن يسافر بزوجة إلى بلد بعيد وهو غير مأمون عليها لا يريد بذلك إلا الإضرار بها وإيذاءها أو سلب مالها ، فيقضى بمنعه من السفر بها للإضرار وقد قال تعالى ﴿ ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ﴾ يعنى لا تضاروا المعتدات فى السكنى فالزوجات أولى ألا تضاروهن والأصل فى مسائل هذا الباب تحريم إمساك المعتدة بقصد الإضرار بها وتحريم وصية الضرار وبطلانها وتحريم طلاق المريض ليفر به من ميراث زوجته فتقاس سائر مسائله عليهما لإتحاد العلة وهى قصد الإضرار .

الأصل الثانى : أن يستعمل الإنسان حقاً يقصد به تحقيق مصلحة له فتترتب عليه مفاسد وأضرار لاحقه بالغير وهى أعظم من هذه المصلحة أو مساوية لها وذلك كاحتكار ما يحتاج اليه الناس فى أوقات الغلاء أو القحط يقصد به البيع بثمن مرتفع ، فان المحتكر يريد من ذلك مصلحة الربح الكثير لكى يترتب على هذا ضرر عظيم يلحق الجماعة ، ولهذا قال ﷺ : « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ومن هنا يمنع من الاحتكار ويباع عليه ما احتكره بثمن المثل أن امتنع عن البيع .

ومن ذلك إغلاء التجار السعر على الناس بحيث يصل إلى ضعف قيمة السلع فان تقدير البائع لثمن مبيعه حق له ولكن استعماله على هذا النحو وإن حقق مصلحة له فقد نشأت عنه مفاسد عظيمة بالجماعة ولذلك قال الحنفية والمالكية إذا عجز ولى الأمر عن رد التجار إلى الأسعار العادية بكل الوسائل أزال هذا الضرر بالتسعير بمشورة أهل الخبرة وقد ثبت هذا بالمصلحة المرسلة لدفع الضرر عن الجماعة ، وقال الشافعية وبعض الحنابلة بمنع التسعير واستدلوا بما روى أنه قيل للنبى ﷺ : « الا تسعر لنا فقال ان الله هو المسعر القابض الباسط » وأجاب القائلون بالتسعير بأن الحديث كان فتوى فى واقعة خاصة بسبب خاص فلا تدل على عموم الحكم ، فإن امتنع التاجر من البيع بالسعر المحدد بيع عليه كما يباع المال على المدين وفاء للدين .

ومنه تلقى التاجر للوافدين إلى السوق من أهل الريف والبادية وشراء ما جلبوه بالثمن الرخيص لبيعه لأهل المدينة غالياً حيث يضر ذلك بأهل المدينة وبالوافدين وقد نهى عنه النبى ﷺ قال « ولا تلقوا الركبان لبيع » .

ومنه بيع السلاح فى أيام الفتنة أو لقطاع الطريق وبيع العصير ممن يتخذه خمراً حيث قال الامام أحمد ببطلان هذه العقود لرجحان المفسدة .

والمسائل المنصوص على حكمها مما قدمنا أصل فى هذا النوع فيثبت الحكم لنظائرها بالقياس .

الأصل الثالث : أن يستعمل حقه المشروع عقداً أو غيره يقصد به تحقيق غرض غير مشروع مغاير للغرض الذى وضعه له الشارع .

وهذا كالبيع الذى يقصد به الربا ومن هنا نهى النبى ﷺ عن بيع وسلف لأنه يؤدى إلى الربا ، كأن يبيع سواراً يساوى أربعمائة بخمسمائة على أن يقرضه البائع أربعمائة ، فان هذا العقد يؤول إلى ربا النسيئة وهو أخذ تسعمائة ليردها ألفاً .

وكبيع العينة لأنه يؤدى إلى الربا أيضا وهو شراء ما باع بثمن أقل من الثمن الذى باع به قبل قبض الثمن حيث تكون زيادة الثمن المؤجل ربا .

ومنه زواج التحليل فان الزواج موضوع للعشرة الدائمة وتكوين الأسرة وقصد به عمل مؤقت مذموم عند الله وقد تقدم تحريمه بالحديث الكريم .

ومنه البيع الذى قصد به إسقاط الشفعة ، وهبة المال التى قصد بها الواهب إسقاط فريضة الزكاة أو الحج ، فما ثبت بالنص فى هذا الباب يعتبر أصلاً وغيره يقاس عليه .

هذه الأنواع الثلاثة مبنية على قاعدة سد الذرائع : وزيادة على ما تقدم من الأدلة نذكر أن الأنواع السابقة للتعسف فى استعمال الحق مبنية على أصل عظيم من أصول الشريعة وهو سد ذرائع الفساد .

وضابطها أن الشارع إذا حرم شيئاً حرم وسائله المفضية إليه وهذا يتحقق فيما إذا أفضت الوسيلة إلى ضرر مقصود أو إلى مصلحة معها مفسدة تساويها أو تترجح عليها أو إلى غرض حرمه الشارع كالربا والزنا وبالجملة إذا أفضت إلى إسقاط الواجبات وإحلال المحرمات .

وهذا الأصل تثبته أدلة كثيرة فى الشريعة منها قوله تعالى : ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ﴾ فان مفسدة سبهم للإله الحق أعظم من مصلحة سب الاصنام المباح فمنع السبب المباح لذلك ، ومنها قوله تعالى : ﴿ ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن ﴾ . حيث حرم الضرب المباح لما فيه من إثارة الميول الخسيسه ، ومنها تحريم البيع عند نداء الجمعة لأن مفسدة الانشغال عن الصلاة أعظم من مصلحة البيع ، ومنها تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها لأن مفسدة قطيعة الرحم أعظم من مصلحة الزواج ، ومنها امتناعه ﷺ من قتل المنافقين حيث علل ذلك بقوله : « لايتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه » لأن مفسدة تنفير الناس من الإسلام ونبى الإسلام أعظم من مصلحة القتل .

وقد أطلنا بعض الشىء فى ذكر الأدلة ليظهر ظهور النهار أن ما يخاله الناس قواعد قانونية مبتكرة لأهل الغرب هو من ضروريات الشريعة المحكمة .

وهذه الأنواع كذلك مبنية على أصل آخر وهو أن الحيل التى تؤدى إلى إسقاط واجب أو إحلال محرم تقع باطلة .

وتدل عليه كثير من الأدلة منها قول النبى ﷺ « لعن الله اليهود ، إن الله لما حرم عليهم شحوم الميتة جملوها أى أذابوها فباعوها وأكلوا ثمنها » .

الأصل الرابع : أن يستعمل الانسان حقه لكن دون احتراس وتثبت فيما يمكن فيه الاحتراس فيفضى هذا إلى الإضرار بالغير .

وذلك كما إذا أراد أن يصيد طيراً فطاش سهمه وأصاب إنساناً أو حيواناً بضرر ، فإن الصيد حق مباح ولكنه لم يحترس فى استعماله له ولم يثبت فأدى إلى ضرر الغير وهو المعروف بالخطأ فى الفعل ، وكما إذ ضرب دابة غيره يظن أنها دابته فاعطبها ، أو قطف ثمر يظن أنها ثمره وهو المعروف بالخطأ فى القصد ، وهذا تعسف فى استعمال الحق لانطباق تعريفه عليه .

وحكمة ضمان هذا الضرر إنساناً أو حيواناً لأن القرآن يدل على تضمين المخطىء كما فى قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ .

ومن ذلك سائق السيارة إذا صدمت إنساناً فقتلته أو مالاً فأتلفته لأنه استعمل حقه فى قيادتها لكنه لم يحترس ، ومن ذلك ما لو استعمل فى الدفاع الشرعى سلاحاً لا تدعو اليه ضرورة الدفاع فأدى إلى ضرر فانه يضمنه .

لكن محل ضمان الضرر فى هذا الأصل إذا أمكن الاحتراس عنه عادة ، أما إذا لم يمكن فلا ضمان كالطبيب إذا أجرى جراحة على النحو المعتاد بين الأطباء فتلف بها إنسان وذلك لاختلاف طبائع الناس واحتمالهم للجراحات .

أما إذا أمكن الاحتراس فانه يكون مقصراً كالحمال إذا زلقت رجله فأتلف رجله فأتلف ما يحمله والكواء إذا أحرق الثوب الذى يكويه .

وقاعدة الحنفية فى هذه المسألة أن الانسان إذا أتى بمباح فترتب عليه ضرر بالغير ضمن لأن استعمال المباح مشروط بالسلامة ، والضرر دليل عدم الاحتراس وذلك كالمرور فى الطريق وضرب الزوجة لترك الطاعة وان فعل واجباً عليه فترتب عليه ضرر لا يضمن كمنفذ الأحكام

إلا إذا تجاوز ما أمر به أو أمكن الاحتراس عن الضرر فحينئذ يضمن ، وقال الشافعي يضمن في تنفيذ الأحكام .

التعسف في استعمال السلطة :

رجال السلطة التنفيذية يتصوفون بالوكالة عن ولي الأمر في حدود الأحكام المشروعة ، لذلك لا يجوز لهم أن يفعلوا ما يخالف الشريعة ، ولا أن يفعلوا ما لم يفوضوا فيه ، فإن فعلوا شيئاً من هذين اعتبر ذلك إساءة في استعمال حقوقهم وترتب عليه إزالة ما لزمه من الضرر فإذا اغتصبوا مال الأفراد وضموه إلى ملك الدولة أو حصلوا ضرائب ظالمة لبيت المال ردت إلى أصحابها وإذا عاقبوا أحداً بغير جريمة أدبُوا ما لم يكن ترتب الضرر عن اجتهاد كاجتهاد القاضي ، وفي ذلك يقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « إذا رأيتم في اعوجاجاً فقوموني » وكان رضي الله عنه يرسل المفتشين إلى الولايات لمراقبة عماله ، وصح عنه أنه عزل سعد بن أبي وقاص لما شكاه أهل الكوفة ، ومن أجل ذلك أنشئت محاكم المظالم في خلافة عبد الملك بن مروان لانصاف أفراد الشعب من ظلم الحاكمين .

ولهذا نرى أن تقنين العقوبات في البلاد الإسلامية هو احتياط لدرء مفاسد التعسف في استعمال الحق الذي يقع من القضاة ، لأن العقوبات على الجرائم فيما عدا الحدود والقصاص كلها راجعة إلى التعزير ، والعقوبات التعزيرية متفاوتة كما أن الجرائم متفاوتة ، فالقاضي مالم يكن خبيراً في أحوال الناس وما يصلحهم متشبعاً بالعدالة بعيداً عن الأغراض والغايات كثيراً ما يقع منه الشطط في تقدير الجريمة وتحديد العقوبة ، فكان التقنين هو الضمان الصحيح للعدل بين الناس ، وقد اتخذت الوسائل قديماً للمنع من التعسف كالحجر على الطبيب الجاهل والمفتي الذي يفتي الناس بالحيل الباطلة

التكييف الفقهي للتعسف في استعمال الحق :

عرفنا أن أنواع التعسف أربعة ، وأن الثلاثة الأولى منها مبنية على قاعدة سد الذرائع التي تقول أن المشروع إذا أدى إلى محظور كان محظوراً أو المباح إذا أدى إلى حرام كان حراماً والرابع كذلك استعمال محظور لما جاوزه من عدم الاحتراس .

وبناء على ذلك يكون المتعسف في استعمال الحق قد تسبب في أمر محظور ، فيعتبر متعدياً بطريق التسبب لتقصيره عند استعمال حقه بقصد الضرر أو بالسعي في حصول مفاسد غالبة أو في تحقيق أغراض غير مشروعة أو لعدم الاحتراس فيكون مسئولاً عن هذا التقصير ، وترتب عليه حكم مرتكب المحظور وهو في كل شيء بحسبة كما يأتي : فلا فرق في حكم الشريعة بين من يأتي بما هو محظور من أول الأمر كالضرب والغصب ، ومن يأتي بمشروع أدى إلى محظور نتيجة التقصير كلٌ تتعلق به مسئولية المخالفة .

وبهذا يتبين أن التعسف في استعمال الحق في حكم الفقه هو من الفعل الضار أو الامتناع الضار أو العقد المحرم .

ومثال الامتناع الضار هو امتناع المحتكر عن بيع ما احتكره والناس بحاجة إليه حيث يجبر على البيع ويعزر وامتناع التاجر عن البيع بالثمن المسعر حيث يجبر عليه ويعزر ، وامتناع العمال الذين تتوقف عليهم إدارة المصانع الضرورية للدولة كمصانع الأسلحة ومواد البناء والأطعمة حيث يجبرون على العمل بأجر المثل ، وامتناع الطبيب الذي تعين لعلاج مرض معين .

الأحكام المترتبة على التعسف :

وحكم التعسف إما التعويض إذا أدى إلى إتلاف مال أو نفس كمن حفر في ملكه بجوار حائط جاره فانهدمت ، وأما الإبطال إذا كان في العقد كوصية الضرار وبيع العينة ، وإما رفع الضرر كبناء المالك ملاصقاً لجاره فسد عليه نوافذ الضوء والهواء ، وكجباية الضرائب الظالمة ومنع المحتكر وإما التعزير كما في دعاوى التشهير وإما المنع ممن ممارسة الحق المتعسف في استعماله ، كما في منع الزوج من السفر بزوجه إذا قصد به ايذاءها وفاء النظرية في الفقه الإسلامي ووضوحها .

ان هذه النظرية غدت مستوعبة لجميع حالات التعسف ، واضحة المعالم لبنائها على أصول مضبوطة لا اضطراب فيها ، فإن مبنى الأصل الأول وهو قصد الضرر وان كان أمراً شخصياً لكن يمكن كشفه بالقرائن الظاهرة ، والأصل الثاني مبني على مقياس مادي وهو الموازنة بين المصلحة والمفسدة ، والأصل الثالث معياره

معرفة النظم الإسلامية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية فكل عمل مأذون فيه يراد به تحقيق غرض يخالف هذه الأنظمة يعتبر من التعسف كمن أهدى ويريد الرشوة أو اشترى ويريد الربا أو تطوع للجندية ويريد التجسس على أنظمة الجيش والأصل الرابع مبنى على عدم الاحتراس من الضرر وهو واضح يكاد يدل على نفسه .

أما القوانين الأجنبية التى يقال عنها أنها تقدمية وافية ، فانها لم تعرف هذه النظرية إلا فى هذا العصر ، ومع فهى فيها ناقصة وغامضة ، فالقانون السويسرى يبينها على سوء النية وكفى ، والقانون الروسى يبينها على مخالفة الأغراض الاجتماعية والاقتصادية فقط .

ولهذا أحسن واضعوا القانون المصرى فى استمدادها من الفقه الإسلامى لأنهم وجدوها فيه تجمع بين الوضوح والوفاء مع ملاحظة أن القانون المصرى قصر أحوال التعسف على الثلاثة الأولى وترك حالة التعسف بسبب عدم الاحتراس مع أن معنى التعسف فيها أوضح .

إثبات التعسف فى استعمال الحق أمام القضاء :

يثبت التعسف أمام القضاء بجميع الطرق المثبتة للحق غير أن تكييفه يتوقف إلى حد كبير على الظروف المحيطة بالقضية وعلى عرف الجماعات ، فقد يكون استعمال الحق تعسفاً فى بيئة دون أخرى وضرراً فى حالة دون حال وذلك كرفع صوت المذياع إذا كان فى السوق العامة أو فى الأحياء الآهلة بالسكان وبين سكان البادية أو الحاضرة .

ولما كان سوء النية والتحايل لتحصيل المفاسد والأضرار هما أكثر الأسباب التعسفية وجب على القاضى أن تكون له خبرة واسعة بقرائن الأحوال وفقه نافذ بأحوال الناس الاجتماعية ليجمع منها أدلة قصد الإضرار ويكتشف التحايل باستعمال المباحات على الوصول إلى المحرمات والأغراض غير المشروعة ، نعم هناك حالات نصب الشارع عليها علامات ظاهرة كالطلاق فى مرض الموت لأجل الفرار من ميراث الزوجة ووصية الضرار .

بعض تطبيقات لمبدأ الإساءة فى استعمال الحق :

١ - **حق الوكيل فى عزل نفسه :** الوكالة من العقود غير اللازمة ، فلكل من الوكيل والموكل حق العزل ، وبناء على هذا قد يستعمل الوكيل حقه فيفاجىء الموكل بعزل نفسه فى وقت يعجز عن القيام بما وكل فيه أو عن التوكيل به كالمرافعة فى قضية قرب موعد نظرها وهى محتاجة إلى دراسة واسعة وكالقيام بعمل ضرورى عاجل والموكل غائب وهذا فى نظر الفقه تعسف فى استعمال الحق لأنه إضرار عظيم بالموكل بقصد أو بغير قصد ، وقد رأينا أبا حنيفة يشترط في عزل أحد الطرفين علم الطرف الآخر منعاً من الاضرار لجواز أن يكون الوكيل تصرف لصالح الموكل تصرفات فيها تبعات مالية ولجواز أن يكون هناك أعمال فى تركها تغرير بالموكل واضرار به .

وبناء على هذا فقواعد مذهبه تقضى ببقاء الوكالة والزام الوكيل بانجاز ما وكل فيه دفعاً للضرر وتأديبه إن فرط ، على أن الوكيل بالأجر ليس له أن يعزل نفسه قبل انهاء ما وكل به .

٢ - **حق الخطيب فى فسخ الخطبة :** الخطبة وعد بالزواج وإخلاف الوعد بعذر مشروع وعلى هذا ففسخ الخطبة بسبب جائز كالمرض المعدى أو المانع له من المعاشرة الزوجية ، وعجز الزوج عن دفع المهر ، والخلاف المستحكم بين الخطيبين أو اسرتيهما وان الفسخ من غير سبب كان إخلافاً للوعد من غير عذر بل كان إخلافاً ضاراً لان الناس عادة يعلمون بالخطبة ويركنون إليها فينصرف عن الخطبة من يفكر فى الزواج منها ، فإذا فسخ الخطيب من غير سبب فقد فوت عليها فرص الزواج التي كانت سانحة ونشر حولها الشائعات فى أسباب الرفض ، الأمر الذى تثور له النفوس وترتكب بسبب الجرائم ولا سيما فى هذا الزمن الذى فسدت فيه الاخلاق وكثرت الظنون السيئة فتتعطل بذلك مصلحتها الأساسية التى أعدها الله لها .

وإخلاف الوعد إذا ترتب عليه أمثال هذه المفاسد كان منكراً يجب تغييره ومعصية يستحق فاعلها التعزير عليها .

تكييف الفسخ بلا سبب : وعليه فللقاضى أن يعاقب الفاسخ لا على مبدأ تعويض الضرر بل على مبدأ

التعزير على الايتان بهذا المنكر وهو إخلاف الوعد المستتبع للمفاسد ، والتلاعب بمصالح الناس وأعراضهم لأن التعزير ثابت على كل فعل أو قول فيه إيذاء للمسلم بغير حق زجراً للناس عن ارتكاب المفاسد والمضار واستصلاحاً لهم لقوله ﷺ : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده » وهو خطاب لأولياء الأمر ، وهذا المبدأ إذا عمل به حمل الذين يريدون الخطبة على الامعان فى التروى قبل الاقدام عليها وعلى أن يفرقوا بين العدول عن شراء سلعة تُم الوعد بشرائها ، وفسخ خطبة فتاة كريمة على نفسها وعلى قومها .

٣ - **حق الطلاق :** الطلاق أبغض الحلال إلى الله كما قال النبى ﷺ لكنه مشروع عند الحاجة كعدم عفة الزوجة ، بل قال بعض الفقهاء بوجوبه حينئذ - خشية أن تفسد فراشه وتدخل عليه من ليس من أولاده ، ولئلا يقع تحت طائلة اللعنة الواردة فى الديوث الذى لا يغار على حريمه ، وسوء خلقها فى معاملة الزوج أو معاملة الناس ، وتضرر الزوج بها فى الحياة الزوجية العاطفية لمرض بها أو لعدم انسجام فى الطباع ، وتفريطها فى حقوق الله وهى لا تطيعه فى أدائها حتى لا يعاشر امرأة عاصية ، ومن الأسباب عقمها إذا لم يستطع أن يتزوج بأكثر من واحدة .

فإذا وقع الطلاق لغير حاجة كان مبغضاً إلى الله ولاسيما إذا كانت الزوجة ذات أولاد منه أو كانت فقيرة وقد رتبت حياتها على العيش معه .

وعند هذا لا ننكر أن الزوج قد يسىء استعمال حقه فيه لما يترتب عليه الاضرار بالزوجة هل يجوز المنع من ايقاعه إلا باذن القاضى .

بعض الناس يريد أن يتخذ من مبدأ التعسف فى استعمال الحق سبيلاً إلى المنع من ايقاعه إلا باذن القاضى ، وهذا خطأ لأن رثبات التعسف فى الطلاق هو إثبات أن الزوج أوقعه من غير حاجة مشروعة تدعو إلى ايقاعه ، والقضاء لا يستطيع إثباته بطرقه المعروفة ومعاييره الصحيحة لأن الكثير من أسباب الرخصة فى الطلاق خفى لا يستطيع المسلم ذكره لأن الله تعالى يحب الستر على عباده ، وفتح هذا الباب قد يؤدى إلى المصارحة بأشياء هى من السرية والخطورة بحيث يضر الزوجة إعلانها ، بل قد يضطر الزوج الذى لا اخلاق له إلى انتحال اسباب كاذبة ضارة بالمرأة ولا يستطيع القضاء الوقوف عليها .

الحق أن عقدة الزواج عاطفية بناها الله على المودة والألفة ، فمن الطبيعى فى الغالب الا يترك الزوج زوجته الى أحبها وسكن اليها وأنفق فى سبيلها إلا لداع قد يستتبع المقام معه من المضار مالا يعلمه إلا الله ، ويشعر الزوج عندئذ ان بيتها جحيم لا يطاق ، والمعروف فى الشريعة ان المرأة إذا كرهت زوجها كان لها أن تفتدى منه بمالها ليفرقها ، كما قالت جميلة امرأة ثابت ابن يسار لرسول الله ﷺ « انى أخاف الكفر فى الإسلام لشدة بغضى إياه » فماذا يكون الحال اذا اشتد بغضه لها ومنه القاضى من تطليقها لأنه لم تقم لديه مبررات للطلاق ، ولئن كان البغض من المبررات عند القاضى فلكل واحد من الأزواج أن يدعيه . والذى ينبغى لتلافى الطلاق هو اصلاح المجتمع واشاعة مبادىء الإسلام الصحيحة بين أهله بجميع الطرق الممكنة .

٤ - **حق تعدد الزوجات :** تعدد الزوجات مشروع قطعاً إلا عند خوف الزوج أن يظلم من فى عصمته فعندئذ لا يكون حقاً له ، والظلم المانع هو الظلم فى الانفاق أو فى الاقامة عند الزوجة ، أما المحبة وميل القلوب فأمره إلى الله ، وقد بين سبحانه وتعالى أنه خارج عن استطاعة البشر ، قال تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » والدليل على أن العدل المشروط فى الآية ليس هو المحبة التى أخبر الله عنها أنها غير مستطاعة قول النبى ﷺ : « اللهم إن هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » يعنى ميل القلب والتعدد مشروع لحاجات اجتماعية وعاطفية لا يستطيع الانسان الاستغناء عنه ، والذين منعوا التعدد بالقانون والقضاء وقعوا فيه من طريق السر والجريمة ، وليس هنا بسط أسباب التعدد وإنما اجمال ما نريد أن نقوله هنا أن الله العليم بأحوال عباده وما يصلحهم شرعه لمصالح اجتماعية سامية وأقلها عند المحافظة على العدل الواجب أنه ارتكاب لأخف الضررين وهو المتعة من طريق حلال .

لهذا لا يمكن أن يثبت عن طريق القضاء فى حق التعدد تعسف فى استعماله متى تحقق العدل الواجب .

بحث فى
الأحوال الشخصية
حول مجال تطبيق المادة ١١ مكرر ثانياً من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وحكم لمحكمة النقض محل نظر

الأستاذ / وليم اسكاروس
المحامى بالنقض

مقدمة : وافق مجلس الشعب بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٩٧٩/٧/٣ والذى تقدمت به الحكومة على القرار بقانون رقم ١٩٧٩/٤٤ ، متضمناً بعض التعديلات بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية ، والجدير بالملاحظة ، أن ديباجة القرار بقانون قد خلت من أى إشارة إلى القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ والخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية وإحالة القضايا المنظورة أمامها إلى محاكم الاحوال الشخصية للمسلمين ولغير المسلمين من المصريين .

وبالرجوع إلى الديباجة ، نجد أنها أشارت إلى المرسوم بقانون رقم ١٩٢٩/٢٥ ، والمرسوم بقانون رقم ١٩٣١/٧٨ ، والقانون رقم ١٩٤٨/١٣١ باصدار القانون المدنى ، والقانون رقم ١٩٦٨/١٣ باصدار قانون المرافعات ، وعلى القانون رقم ١٩٧٧/٤٩ فى شأن قانون المساكن ، دون أن يشير إلى القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ ، ومعنى هذا بوضوح أن المشرع قد أبقى على لائحة الاقباط الارثوذكس الصادرة سنة ١٩٣٨ والتى لازالت تطبق فى شأن أحوالهم الشخصية ، استرشاداً بنص المادة السادسة من القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ والتى سنتناولها بالبحث فيما بعد .

ثم صدر بعد ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون ١٩٧٩/٤٤ وعلى أثر ذلك صدر القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ ، موضوع هذا البحث ، بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، بإضافة مواد جديدة بأرقام (٥ مكرر ١) و(١١ مكرر ١) و(١١ مكرر ٢) و(١٨ مكرر ١) و(١٨ مكرر ٢) و(١٨ مكرر ٣) و(٢٣ مكرر ١) - وأيا كانت أوجه الاختلاف بين القرار بقانون والقانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ ، فالذى يهمنا فى هذا المقام هو مجال تطبيق المادة (١١ مكرر ثانياً) من القانون الأخير ، والتى تنص على أنه « اذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق ، توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع ، وتعتبر ممتنعة دون حق ، إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان ، وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته ، وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها ، ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاداً لاعتراض اذا لم تتقدم به فى الميعاد وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فاذا بان لها أن النزاع مستحكم ، وطلبت الزوجة التطليق ، اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون .

وباستقراء هذا النص المستحدث ، نجد أن المشرع قد ألغى به نظام « الطاعة الاجبارية » التى كانت تقضى بها المحاكم الشرعية قبل صدور القانون ١٩٨٥/١٠٠ والذى كان بمثابة السيف المسلط على رقبة الزوجة ، لاجبارها على معاشرته كرهاً عنها ، وكأن حكم الطاعة ، تنفيذ على جسم المرأة ، دونما نظر إلى أحاسيسها ومشاعرها وكيانها ومركزها الاجتماعى ، فكانت تتحين الفرص لاسقاطه والافلات منه بشتى الوسائل ، كالهرب من منزل الزوجية أو الادعاء بالضرب والسب أو عدم الأمانة أو الإنفاق ، كما كان الزوج بدوره يبغى من وراء حكم الطاعة اسقاط نفقتها ، أو مساومتها على تطليقها على الابراء ...... الخ .

والسؤال الذى يطرح نفسه فى مجال هذا البحث هو :

هل نص المادة (١١ مكرر ثانياً) من القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ تسرى فى حق غير المسلمين من المصريين وبمعنى آخر ، هل تطبق على المصريين كافة ، مسلمين وغير مسلمين ؟ .

ذكرنا فيما سبق أن الديباجة التى تصدرت القانون ، قد خلت من ذكر القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ وقلنا أن المشرع قصد الإبقاء عليها والأخذ بها ، خصوصاً وقد نصت المادة (٦) منه على أنه « تصدر المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت أصلاً

من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر فى المادة (٢٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة ، أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة ، الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ، فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقاً لشريعتهم .

وواضح من هذا النص أن المشرع قد أبقى على قواعد الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين التى كان معمولاً بها وقت صدور القانون ما دامت فى نطاق النظام العام طبقاً لشرائعهم وبشرط اتحادهم طائفة وملة ، والأصل أن الشريعة المسيحية لا تعرف الطاعة الاجبارية ، والمبدأ المعروف عندهم أنه « لا طاعة في المسيحية » لا شريعتهم تنادى بواجبات روحية ، ليس للسلطة المدنية أن تتدخل فيها لتكره الانسان على أدائها ولا يوجد فى الكتاب المقدس - شريعة المسيحيين - نصوص تأمر الزوجة بالطاعة الجبرية لزوجها ، إنما تحضها على طاعة زوجها بالمحبة والتعاون ، ومن هذه النصوص التى تستشهد بها محاكم الأحوال الشخصية لغير المسلمين ومن قبلها المجالس الملية ، ما قاله الرسول بولس فى رسالته الأولى إلى أهل مدينة كورنثوس الإصحاح السابع العددين ١٠ ، ١١ « وأما المتزوجون ، فأوصيهم - لا أنا بل الرب - ألا تفارق المرأة رجلها ، وان فارقته فلتلبث غير متزوجة أو لتصالح زوجها ، ولا يترك الرجل امرأته » .

وفى رسالته إلى أهل مدينة أفسس الإصحاح الخامس العدد ٢٢ و٢٣ ما نصه « أيتها النساء اخضعن لرجالكن كما للرب ، لان الرجل رأس المرأة ، كما أن المسيح أيضا رأس الكنيسة ، وهو مخلص الجسد » .

وفى رسالة الرسول بطرس الأولى الإصحاح الثالث العدد ١ و٥ و٦ ما نصه « كذلك أيتها النساء كن خاضعات لرجالكن ، كما كانت سارة تطيع ابراهيم ، داعية إياه سيدها » .

والباحث فى الكتاب المقدس يجد أمثلة كثيرة على حض المرأة المتزوجة على الخضوع روحياً لزوجها ، تضمنتها مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس ، فقد نصت المادة ٤٦ منها على أنه « يجب على الزوج حماية زوجته ومعاملتها بالمعروف ومعاشرتها بالحسنى ، ويجب على المرأة طاعة زوجها فيما يأمرها به من حقوق زوجية » .

كما نصت المادة ٤٧ من ذات المجموعة على أنه « يجب على المرأة أن تسكن مع زوجها وأن تتبعه أينما سار لتقيم معه فى أى محل لائق يختاره لاقامته وعليها أن تحافظ على ماله وتقوم بخدمته والعناية بأولاده وملاحظة شئون بيته ، ويجب على الزوج أن يسكن زوجته فى منزله وأن يقوم بما تحتاجه من طعام وكسوة على قدر طاقته » (يراجع فى هذا الشأن بحثنا المنشور بمجلة المحاماة السنة ٤٦ العدد العاشر ، يونيه ١٩٦٦ صحيفة ١٠٧٠ ومابعدها ، عن دعوى الطاعة عند غير المسلمين) .

والآن ، ما معنى الخضوع الذى ورد بالآيات المقدسات السابقة ، وما ورد أيضا بلائحة ١٩٣٨ ؟؟

ذهبت بعض محاكم الاحوال الشخصية لغير المسلمين بظاهر هذه النصوص وقضت بالطاعة عملاً بما جاء بالآية « أيتها النساء اخضعن لرجالكن » وفسرت لفظ الخضوع على أنه خضوع مادى بالقوة الجبرية ، وليس خضوعاً روحياً ، وهذه الأحكام صدرت بعد العمل بالقانون ١٩٥٥/٤٦٢ ، ولكن سرعان ما ألغيت في الاستئناف على أساس ان الشريعة المسيحية لا تعرف الطاعة الإجبارية ، لأنها تنادى بواجبات روحية بمعنى أنه ليس للسلطة المدنية التدخل فيها لتكره الانسان على أدائها .

ثم ظهر بعد ذلك قضاء وسط بين الحكم بالطاعة ورفضها بالنسبة لغير المسلمين ، ألا وهو الحكم بدعوة الزوجة إلى منزل الزوجية اختيارياً ، بحيث إذا لم تعد بعد إعلانها بالحكم ، أصبحت ناشزاً وتسقط عنها نفقتها وهو يشبه إلى حد كبير ما وصل اليه المشرع فى القانون رقم ١٠٠/١٩٨٥ إذا ما استبدلنا « حكم الدعوة إلى منزل الزوجية » بإنذار الطاعة .

وكانت أقلام الكتاب تسلم الزوج صورة تنفيذية من « حكم الدعوة » للتنفيذ بها بالنسبة للمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة فقط دون التنفيذ به ضد الزوجة ، ويبقى الحكم المذكور شاهد على نشوزها فقط ، بمعنى أنها إذا رفعت دعواها بالنفقة ضد زوجها ، حكم برفضها ، أما اذا كانت قد حصلت على حكم بالنفقة وقدم الزوج حكم الدعوة إلى منزل الزوجية فى دعواه باسقاط النفقة المقررة لها ، سقطت عنها نفقتها .

وما لبثت المحاكم أن عادت إلى اعتناق المذهب الروحى فى الطاعة ، وفى حكم لها قالت المحكمة « وحيث أنه باستقراء جميع النصوص التى وردت فى الانجيل والتى تناولت حقوق الزوجين وواجباتهما ، يبين أنها تنادى بواجبات روحية ، بمعنى أنه ليس للسلطة المدنية أن تتدخل فيها لتكره الانسان على أدائها ، بل كل ما فى الامر ، أن من يخالفها يكون قد ارتكب خطيئة دينية يحاسبه عليها الله جل جلاله يوم الدين ، اذ لا توجد قوة مهما بلغت على ظهر البسيطة تجبر المرء أن يجب عدوه ويبارك لاغيه ويحسن إلى مبغضيه (انجيل متى الاصحاح الخامس الآية ٤٤) وأن تلزم الرجل بأن يحب زوجته والمرأة أن تحب بعلها ، وكلها تعاليم تنادى بها المسيحية ، وفضلاً عن ذلك ، فان فى القضاء بالطاعة الجبرية ، تنفيذ عيني على جسم المرأة ، وفى هذا اذلال لها واهدار لأدميتها ، ذلك أن علاقتها بزوجها لا تقوم على أساس رابطة جسدية فحسب بل تقوم على أسس أعمق وأسمى من ذلك وهى أسس المحبة والتعاون والتعاطف ، وجميعها مشاعر معنوية تنبع من القلب ولا يمكن انتزاعها من المرأة كرها أو اجبارها على منحها عنوة ، فهى لا تكون إلا عن رغبة دون رهبة ، وعن طوع دون اكراه » (القضية رقم ١٩٥٩/٦٢ ملىّ جزئى اسكندرية) .

وخلاصة القول أن الزوجة المسيحية الناشز عن طاعة زوجها ، لا تكره على طاعته بالقوة الجبرية ، إنما الجزاء على هذا النشوز ، هو سقوط حقها فى النفقة ، وذلك كما سبق أن ذكرنا ، والنشوز هنا يحقق مع دعوى النفقة ، التى ترفعها الزوجة ، فإذا ثبت للمحكمة بعد احالة الدعوى للتحقيق وسماع شهود الطرفين أن الزوجة ناشز عن طاعة زوجها قضت برفض دعواها ، أما اذا ثبت العكس بأن الزوج هو الذى طردها من منزل الزوجية وامتنع دون حق عن الانفاق عليها ، قضت لها بالنفقة ، وذلك دون اللجوء إلى انذار الطاعة .

ولما صدر القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ موضوع هذا البحث ، حدث خلط كبير فى « ماهية » المادة ١١ مكرر ثانياً منه ، هل هلى إجرائية أو موضوعية ؟؟ .

اذا اعتبرناها مسألة اجرائية لاثبات نشوز أو عدم نشوز الزوجة ، فانها تطبق على الكافة مسلمين وغير مسلمين أما إذا كان يتضمن قواعد موضوعية ، فلا يطبق إلا على المسلمين وحدهم دون غيرهم .

وازاء هذا الخلط الذى وقع فيه بعض المشتغلين بمسائل الأحوال الشخصية ، صدر حكمان من محكمة استئناف اسكندرية دائرة الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، بالغاء حكم محكمة أول درجة ، وبعدم الاعتداد بانذار الطاعة واعتباره كأن لم يكن والزمت المستأنف ضده المصروفات ومقابل اتعاب المحاماة (محكمة استئناف اسكندرية الدائرة ٢٤ أحوال نفس القضية رقم ١٩٨٤/٦ ملى عالى) جلسة ١٩٨٦/٤/٨ .

وذهبت محكمة الاستئناف فى أسباب حكمها إلى القول أن الشريعة المسيحية لا تعرف أحكام الطاعة المقررة فى الشريعة الإسلامية باجراءاتها التى نص عليها القانون رقم ١٩٢٩/٢٥ وتعديلاته ومنها المادة ١١ مكرر ثانياً من القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ ، واستطردت المحكمة قائلة أن الالتزام على الزوجة هنا بالطاعة هو التزام أخلاقى يرتب جزاءاً موضوعياً هو سقوط حق الزوجة فى النفقة اذا تركت منزل الزوجية دون مسوغ شرعى عملاً بالمادة ٤٧ من لائحة الاقباط الارثوذكس الصادرة سنة ١٩٣٨ ، وهو يغاير ما لجأ اليه المستأنف عليه الزوج من إجراءات توجيه انذاراً إلى زوجته المستأنفة للدخول فى طاعته على غير ما هو معروف فى الشريعة المسيحية (محكمة استئناف أسكندرية الدائرة ٢٢ أحوال نفس القضية رقم ١٩٨٦/١ ملى عالى جلسة ١٩٨٦/١١/١٨) وفى رأينا أن محكمة الاستئناف اسكندرية قد طبقت صحيح القانون آخذه بمبدأ الالتزام الاخلاقى للطاعة .

إلا أننا فوجئنا بحكم صادر من محكمتنا العليا يلغي حكم محكمة الاستئناف السابق الاشارة إليه ، آخذاً بمبدأ « إجرائية » المادة ١١ مكرر ثانياً من القانون ١٠٠/١٩٨٥ (طعن رقم ٥٤/٧٦ق جلسة ٨٦/٥/٢٧) تقول المحكمة « إن نص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢/١٩٥٥ مفاده أن الأحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها هى الاحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق ، وكان ما ورد فى المادة ١١ مكرر ثانياً من القانون ١٠٠/١٩٨٥ المشار اليها فى خصوص ما يتبع فى دعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية ، انما هى من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات ، فانها تسرى على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها ..... الخ .

ونعود فنقول أن محكمة النقض قد أخطأت فى تطبيق القانون بقضائها هذا وذلك للأسباب الآتية :

١ - أن ديباجة القرار بقانون رقم ٤٤/١٩٧٩ ومن بعده القانون رقم ١٠٠/١٩٨٥ قد جاءت خلواً من أى اشارة إلى القانون رقم ٤٦٢/١٩٥٥ وبالتالى لم تتعرض للائحة الاقباط الارثوذكس الصادرة سنة ١٩٣٨ ، وبالتالى لم يتعرض للمادة (٦) من القانون رقم ٤٦٢/١٩٥٥ والتى توجب على القاضى تطبيق شريعتهم على أساس « تركهم وما يدينون » ومبدأ « لا اكراه فى الدين » وشريعتهم لا تأخذ بنظام الطاعة لتعارضها مع عقيدتهم ، وهذه مسألة موضوعية ، وليست اجرائية .

٢ - يستطيع الزوج غير المسلم اثبات نشوز زوجته بكافة طرق الاثبات القانونية بما فيها شهادة الشهود ، اذا رفعت زوجته دعواها ضده بالنفقة ، وبغير حاجة إلى انذار الطاعة ، ونحيل فى هذا الصدد إلى ما سبق أن ذكرناه ، كما نرجو مراجعة حكمى محكمة استئناف الأسكندرية سالفى الذكر منعاً للتكرار .

٣ - أن القانون رقم ١٠٠/١٩٨٥ يأخذ ضمن نصوصه بمبدأ التحكيم بين الزوجين المتنازعين ، وهذا النظام غير معروف فى الشريعة المسيحية ، وتطبيقه عليهم يمس عقيدتهم فى الصميم ، لأن التحكيم مسألة موضوعية وليست اجرائية ، نص عليها فى المواد من ٧ إلى ١١ ، وأهم فقرة من فقرات المادة ١١ مكرر ثانياً الخامسة والتى تنص على أنه « وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فاذا بان لها أن الخلاف مستحكم ، وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحه فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون .

وقد تحدثت المادة ١١ عن حالة ما اذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين ، وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق ، قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة ، مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب ان كان لذلك مقتض .

٤ - أن أسباب الطلاق عند غير المسلمين واردة فى لائحتهم الصادرة سنة ١٩٣٨ على سبيل الحصر فى المواد من ٥٠ إلى ٥٨ ، ولا يجوز تعديل أو إضافة أو إلغاء أى مادة من هذه المواد الا بقانون ، ومن شأن تطبيق المادة ١١ والمادة ١١ مكرر ثانياً من القانون رقم ١٠٠/١٩٨٥ على غير المسلمين ، اضافة سبب جديد من أسباب الطلاق عندهم ، وذلك فى حالة عجز المحكمة عن التوفيق بينهما ، وطلبت الزوجة غير المسلمة ذلك ولاشك أن هذا مخالف لصريح نص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢/١٩٥٥ ، والتى توجب اصدار الأحكام فى مسائل احوالهم الشخصية طبقاً لشريعتهم طالما انها متفقة مع النظام العام ، وبمعني آخر ، أن قانونهم الدينى هو الواجب التطبيق .

والخلاصة أن حكم النقض سالف الذكر مخالف للقانون للأسباب السابق ذكرها ، ونحن نهيب بالمحكمة أن تعدل عن حكمها هذا ، تحقيقاً للعدالة ، وكثيراً ما عدلت المحكمة عن أحكام تتضمن مبادىء ، كانت قد أصدرتها ، حسبما تمليه ظروف المجتمع ومتطلبات العدالة .

الاستجواب

الأستاذ / تاج الدين محمد تاج الدين
المحامى

تعريف الاستجواب :

الاستجواب هو إجراء هام من إجراءات التحقيق يهدف إلى الوقوف على حقيقة التهمة من نفس المتهم ، والوصول إما إلى اعتراف منه يؤيدها أو دفاع ينفيها [1] . كما قد تصدى القضاء لتعريف الاستجواب فى حكم حديث بما معناه « مناقشة المتهم تفصيلياً فى أدلة الدعوى اثباتاً أو نفياً » [2] . وعلى هذا يختلف الاستجواب عن سؤال المتهم عن التهمة المسندة اليه طبقاً للفقرة الأولى من المادة /١٢٣ اجراءات جنائية ، فالاستجواب بهذا المعنى يتميز عن سؤال المتهم الذى يقوم به مأمور الضبط القضائى ويعتبر اجراء من اجراءات الاستدلال اذ يقتصر على مجرد سؤال المتهم عن التهمة المسندة إليه ومطالبته بالرد على ذلك وابداء ما يشاء من أقوال فى شأنها دون مناقشة تفصيلية أو مواجهة بالأدلة القائمة ، ويتبين بهذا أن الاستجواب هو اجراء حظره القانون على غير سلطة التحقيق [3] .

ولما كان لمأمور الضبط القضائى عملاً بالمادة /٢٩ من قانون الاجراءات الجنائية أن يسأل المتهم المسندة إليه دون أن يستجوبه تفصيلاً ، وكان الاستجواب المحظور هو الذى يواجه فيه المتهم بأدلة الاتهام التى تساق عليه دليلاً ليقول كلمته فيها تسليماً بها أو دحضاً لها ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد طرح الدفع ببطلان الاستجواب فى قوله « فإنه لما كان الثابت أن الرائد المأذون له بالضبط والتفتيش بعد أن أجرى ضبط المتهمات على النحو الثابت بمحضره سألهن عن التهمة الموجهة اليهن والتى أسفر عنها الضبط ، وكان لمأمور الضبط القضائى عملاً بالمادة ٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية أن يسأل المتهم عن التهمة المسندة إليه وكان الثابت فى محضر ضبط الواقعة أنه إثر الضبط سأل المتهمات عما هو منسوب اليهن فاعترفن بممارسة الدعارة عدا المتهمة الأولى التى أنكرت ما نسب إليها ، فأثبت ذلك الاعتراف فى محضره فلا تثريب عليه ولا بطلان فى سؤاله للمتهمات عن التهمة المسندة اليهن ، أو فى اثبات ذلك الاعتراف الذى أدلين به أمامه » فإن ما أورده الحكم صحيح فى القانون ولا تثريب على المحكمة إن هى عولت على تلك الاعترافات فى حكمها ما دامت قد اطمأنت اليها [4] .

فالاستجواب بهذا يحقق وظيفتين :

الأولى هى : اثبات شخصية المتهم ومناقشته تفصيلياً فى الاتهام الموجه اليه .

والثانية هى : تحقيق دفاع المتهم ، وهو من أجل ذلك لا يعتبر من اجراءات جمع الأدلة بالمعنى الدقيق ذلك أن الغاية منه ليست هى تجميع أدلة الثبوت أو النفى وإنما يهدف أولاً وقبل كل شىء إلى التثبت من شخصية المتهم وضمان تحقيق دفاعه بالنسبة للاتهام الموجه إليه ، ومع ذلك فهو يمكن أن يكون مصدراً من مصادر الأدلة فى التحقيق باعتبار أن لسلطة التحقيق أن تستقى منه العناصر الكافية لاثبات أو نفى التهمة قبل المتهم [5] .

ومن أجل ذلك يختلف الاستجواب عن سؤال المتهم فى محضر جمع الاستدلالات بمعرفة مأمور الضبط ، فالإجراء الذى يقوم به مأمور الضبط هو مجرد سماع أقوال المتهم بالنسبة للتهمة المنسوبة اليه دون تفصيل ودون تحقيق لدفاعه . ولذلك فإن المشرع لم يحط سماع الأقوال بمحضر جمع الاستدلالات بذات الضمانات التى أحاط بها الاستجواب كاجراء تحقيق تقوم به سلطة التحقيق . كما أنه لم يرتب عليه الآثار القانونية التى رتبها بالنسبة للاستجواب ، فالحبس الاحتياطى مثلاً لا يجوز الأمر به الا بعد استجواب المتهم بمعرفة سلطة التحقيق ولا يجوز الأمر به بناء على سماع الأقوال بمحضر الاستدلالات . كما أن وصف التهمة وتحديد عناصرها يتوقف على ما توجهه سلطة التحقيق للمتهم وتحقيق دفاعه بالنسبة لها على عكس الحال بالنسبة لمحضر الاستدلالات الذى يسمع فيه مأمور الضبط أقوال المتهم . فوصف التهمة أنما تتولاه النيابة العامة بناء على تكييفها للوقائع الواردة بالمحضر وليس بناء على ما وجه به المتهم من قبل مأمور الضبط [6] .

ومن أجل ذلك نجد أن المشرع سمح فقط بالاستجواب فى مرحلة التحقيق الابتدائى ولم يسمح به فى مرحلة المحاكمة . فالمادة ٢٤٧ اجراءات تنص على أنه لا يجوز

استجواب المتهم من المحكمة إلا إذا قبل ذلك . وإذا ظهر أثناء المرافعة والمناقشة بعض وقائع يرى القاضى لزوم تقديم إيضاحات عنها من المتهم لظهور الحقيقة ، يلفته القاضى اليها ويرخص له بتقديم تلك الايضاحات.

ويتساءل المرصفاوى [٧] تعليقاً على المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية « ولكن هل ينبغى أن يحاط المتهم علماً بالاتهام بشكل محدد ؟ » ويجيب على ذلك بأنه ليس من الميسور دائما تحديد التهمة وتكييفها من الناحية القانونية على وجه الدقة منذ بدء مرحلة التحقيق ، فضلاً عن احتمال كشف ظروف جديدة تدعو إلى تغيير وصفها ، ويؤدى هذا إلى القول بأنه يكفى مجرد الإحاطة بالواقعة بشكل عام دون اشتراط ذكر وصف التهمة على وجه التحديد ، مثلاً : أنت متهم بالاشتراك فى قتل فلان بلا حاجة لذكر وسيلة الاشتراك ، بيد أنه إذا عدل وصف التهمة أثناء التحقيق فإنه يتعين أن يخطر المتهم بالتعديل .

الغرض من الاستجواب :

هو مناقشة ما قام قبل المتهم من أدلة ، وقصد به صالحان :

اولاهما : الصالح العام حتى لا تمس الحرية الفردية إلا بتوافر أدلة كافية ، وبلا جدال أن من صالح المجتمع إلا يزج بالأفراد فى السجن لمجرد شبهات تقوم ضدهم ، أو أدلة تنهار عند الاستجواب ، كما قصد بالاستجواب

ثانيهما : صالح المتهم حتى يستطيع دفع التهمة المسندة اليه ، ولذا فإن الاستجواب يعتبر من الاجراءات الجوهرية التى يترتب على اغفالها بطلان أمر الحبس أو الامتداد الصادر ضد المتهم [٨] .

طبيعة الاستجواب :

وقد احتدم الجدال بين شراح الاجراءات الجنائية حول طبيعة الاستجواب كاجراء من اجراءات التحقيق . فذهب البعض إلى القول بان استجواب المتهم وسيلة حصول على دليل اثبات للتهمة الموجهة إليه يستخلص من واقع أقواله واجاباته فى صدد هذه التهمة . ولكن هذا القول مردود عليه بأنه قد يكون المتهم المستجوب بريئاً فيكون من العبث الزعم بأن استجوابه يهدف إلى اكتشاف دليل على ادانته . وذهب البعض الآخر إلى القول بأن الاستجواب يعتبر وسيلة دفاع لانه يهيىء للمتهم المستجوب فرصة درء الأدلة والشواهد القائمة ضده ودحض ما يدل عليه ظاهرها من إدانة له .

والواقع أن الاستجواب ليس وسيلة حصول على دليل ولا وسيلة دفاع عن المتهم ، وانما هو وسيلة سعى إلى الحقيقة ، فهو إجراء استقصائى شأنه فى ذلك شأن كافة الإجراءات الاستقصائية الهادفة إلى استكشاف الحقيقة فى شأن قضية ما ، وكثيراً ما يكون الجانى فى جريمة ما المستودع الوحيد لحقيقتها ، فيكون من الصعب أن لم يكن من العبث البحث عن هذه الحقيقة فى مصادر أخرى عن شخصه ، فإن لم يكن المتهم هو الجانى الحقيقى ، كان لاستجوابه - حتى فى هذا الغرض - فضل المعاونة على استكشاف الحقيقة ، اذ ينتج منه على الأقل انصراف ذهن المحقق إلى شخص آخر غير المتهم يمكن أن تنسب الجريمة اليه [٩] .

فهو على هذا الأساس إجراء من اجراءات الإثبات له طبيعة مزدوجة :

الاول : هى كونه من إجراءات التحقيق .

والثانية : هى اعتباره من اجراءات الدفاع ، والاستجواب إما أن يكون حقيقاً أو حكمياً .

(ا) الاستجواب الحقيقى :

ويتحقق الاستجواب بتوجيه التهمة ، ومناقشة المتهم تفصيلياً عنها ، ومواجهته بالأدلة القائمة ضده ، فلا يتحقق الاستجواب بمجرد سؤال المتهم عنا هو منسوب إليه أو احاطته علماً بنتائج التحقيق اذا لم يتضمن ذلك مناقشته تفصيلياً فى الأدلة المسندة اليه ، أى أن الاستجواب يقتضى توافر عنصرين لا قيام له بدونهما :

١ - توجيه التهمة ومناقشة المتهم تفصيلياً عنها .

٢ - مواجهة المتهم بالادلة القائمة ضده ، ولا يلتزم المحقق بترتيب معين فى استيفاء هذين العنصرين ، فقد يكون من الافضل تأخير توجيه

التهمة ومناقشته تفصيلياً عنها إلى مابعد مواجهته بالأدلة القائمة ضده .

(ب) الاستجواب الحكمي:

ويعتبر القانون في حكم الاستجواب مواجهة المتهم بغيرة من الشهود أو المتهمين فهذه المواجهة تنطوي على إحراجه ومواجهته بما هو قائم ضده ، وتقتضي هذه المواجهة أن تقترن بمناقشة المحقق للمتهم تفصيلياً في الموقف الحرج الذي تعرض له حتى تعتبر في حكم الاستجواب [١٠] .

المواجهة:

المواجهة لاتعدو أن تكون ضرباً من استجوابه ، لأن الاستجواب هو في ذاته مواجهة للمتهم بالتهمة والأدلة الكاشفة عن صلته بالواقعة موضوع الاتهام .

وإذا كان القانون قد غاير بين الاستجواب وبين المواجهة ، واستخدم بذلك لفظين في التعبير عن ذات الحقيقة ، فيفسر ذلك بأنه أراد أن يخصص لفظ الاستجواب لأول مرة يواجه فيها المحقق شخص المتهم بأمور حدثت لم تكن قد توافرت بعد وقت المواجهة الأولى ، أو بأمور تكشف عن كذبه فيما كان قد أدلى به من وجوه الدفاع [١١] .

اجراءات الاستجواب:

نصت المادة ١٢٣ من قانون الاجراءات الجنائية بأنه «عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق ، يجب على المحقق أن يتثبت من شخصيته ، ثم يحيطه علماً بالتهمة المنسوبة اليه ، ويثبت أقواله في المحضر» ومفاد ذلك أن المحقق هو الذي يتثبت من شخصية المتهم ولم يرتب القانون واجباً على المحقق أن ينبيء المتهم عن شخصيته ، كما لم يرتب بطلاناً لاغفال ذلك ، طالما أن الذي أجرى التحقيق هو وكيل النيابة المختص [١٢]

وإذن فالطريقة التي يستجوب بها المتهم هي احاطته علماً بالتهمة المنسوبة اليه واثبات أقواله في المحضر ، ومعنى اثبات أقواله ، أنه لا يجوز حمله حملاً على أقوال معينة ، وانما يترك له أن يقول ما يشاؤه وتثبت أقواله كما هي ، ولذا فأنه لا يجوز قانوناً الضغط على المتهم عند استجوابه بأية طريقة من طرق الضغط التي يحتمل معها أن يقول رغماً عنه مالم يكن ينبغي القول به ، فلا يجوز تحليفه اليمين ، ولا يجوز أن يستخدم معه أي أسلوب خادع كتوجيه اسئلة هادفة إلي تقييد ما يسقط من تصريحات معينة حيث لا يكون المتهم قد أدلى بها تلقائياً ، ولا يجوز أن يستخدم معه لا أسلوب الوعد ولا أسلوب الوعيد في سبيل أن يفصح بأمور معينة ، ولا يجوز من باب أولى استخدام أسلوب التنويم المغناطيسي معه كي يصرح من غير وعي بأمور كانت مخبأة منه وكان حريصاً على كتمانها ، كما لا يجوز اخضاعه لاكراه مادي أو تعذيب ، ولا يجوز حقنه بمصل الحقيقة ليدخل في غيبوبة وتوجه اليه اسئلة وهو داخل فيها أو اثناء خروجه منها ، فكل ذلك محظور حسب ما استقرت عليه الأمور في القانون العصري ، كما أنه من غير الجائز تعمد ارهاق المتهم بأسئلة طويلة لا نهاية لها بغية تحطيم أعصابه والتوصل إلى صدور اعتراف منه تخلصاً من كابوس الاسئلة الجاثم على صدره وذهنه [١٣] .

فالاستجواب - بوصفه إجراء من إجراءات التحقيق - يجب أن يتضمن الاجراءات الاتية :

١ - التثبت من شخصية المتهم واثبات البيانات الخاصة به من حيث الاسم والسن وصناعته ومحل اقامته وأوصافه ، وذلك عند استجوابه لأول مرة في التحقيق .

٢ - تحديد الوقائع المنسوبة إلي المتهم تحديداً صريحاً وتحديد وصفها القانوني كلما أمكن ذلك .

٣ - مجابهة المتهم بالأدلة المثبتة ومناقشته تفصيلياً فيها ، ويجوز للمحقق مجابهة المتهم بمصادر أدلة الثبوت إذا لم يكن في ذلك اضرار بمصلحة التحقيق .

٤ - دعوى المتهم إلى ابداء دفاعه والإتيان بالأدلة المثبتة لبراءته ، وقد نصت المادة ١٢٣ اجراءات على حكم خاص بالنسبة لجريمة القذف بطريقة

النشر فى أحدى الصحف أو المطبوعات بأن أوجبت على المتهم أن يقدم للمحقق - عند أول استجواب له - وعلى الأكثر فى الخمسة الأيام التالية بيان الأدلة عن كل فعل أسند إلى موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة والا سقط حقه فى اقامة الدليل المشار اليه فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ (١٤) .

واذا كان هناك عدة متهمين وجب استجوابهم الواحد منفصلاً عن الاخر ، فلا يبقى فى مكان الاستجواب من لم يستجوب بعد ، وذلك ابعاداً للمتهم عن احتمال التأثير بوجود غيره معه أثناء الاستجواب ، ومع هذا يجوز مواجهة المتهمين أحدهم للاخر توصلاً إلى تعرف وجه الحق (١٤) مكرر .

ضمانات الاستجواب :

يجب أن يباشر الاستجواب المحقق ذاته ، سواء أكان قاضى التحقيق أم النيابة العامة ، فلا يجوز انتداب غير المحقق لاجراء الاستجواب ، على عكس الحال بالنسبة لاجراءات التحقيق الاخرى وإذا كان قاضى التحقيق هو الذى يباشر التحقيق فلا يجوز له انتداب عضو النيابة أو مأمور الضبط لإجراء الاستجواب ، وإذا كانت النيابة العامة هى التى تباشرة فلا يجوز لها انتداب أحد مأمورى الضبط القضائى لذلك (م٧٠) (١٥) .

اولاً : حضور المدافع :

تنص المادة ١٢٤ اجراءات على أنه « فى غير حالة التلبس وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة ، لا يجوز للمحقق - فى الجنايات - أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود الا بعد دعوة محاميه للحضور أن وجد .

ومفاد نص الفقرة الأولى من المادة ١٢٤ من قانون الإجراءات أن المشرح تطلب ضمانة خاصة لكل متهم فى جناية ، هى : وجوب دعوة محاميه لحضور الاستجواب أو المواجهة فيما عدا حالة التلبس ، وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة وذلك طمأنة للمتهم وصوناً لحرية الدفاع عن نفسه (١٦) .

ونستبين من هذا ثلاثة شروط حسب ما ورد بالمادة ١٢٤ اجراءات وهى :

اولاً : أن تكون الواقعة جناية ، وذلك لخطورتها ، ولأهميتها بالنسبة إلى غيرها من الجرائم .

وثانياً : أن لا تكون الجريمة فى حالة التلبس أو فى حالة من السرعة تسبب الخوف من ضياع الأدلة كما إذا كان الشاهد المراد مواجهته بالمتهم مشرفاً على الموت ، أو كان القاضى بعيداً عن مقر المحكمة ، أو كانت الآثار على وشك الزوال (١٧) . وحالة التلبس ذاتها من زحوال الاستعجال ، وقد قضت محكمة النقض فى صدد هذا الشرط بأنه « إذا كان تقدير هذه السرعة متروكاً للمحقق تحت رقابة محكمة الموضوع ، فما دامت هى قد اقرته عليه للأسباب التى أودرتها ودلت على توافر الخوف من ضياع الأدلة ، فلا يجوز للطاعن - من بعد - مصادرتها فى عقيدتها أو مجادلتها فيما انتهت إليه (١٨) والمحكمة التى أباحت للمحقق استجواب المتهم بغير حضور المدافع فى تلك الصور هى الرغبة فى اتمام الإجراءات بسرعة بغية الوصول إلى الحقيقة .

ثالثاً : أن يكون للمتهم محام ، فقد قصر المشرع واجب المحقق على دعوة محامى المتهم أن وجد (١٩) .

وأبانت الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ سالفة الذكر كيفية إعلان المتهم عن اسم محاميه وذلك بتقرير يكتب فى قلم كتاب المحكمة ، أو إلى مأمور السجن ، كما يجوز لمحاميه أن يتولى هذا الإقرار أو الاعلان ، وقضت محكمة النقض بأنه لم يتطلب القانون لدعوة المحامى لحضور استجواب المتهم فى جناية أو مواجهته شكلاً معيناً ، فقد تتم بخطاب أو على يد محضر ، أو أحد رجال السلطة العامة (٢٠) إذن فوجوب دعوة محامى المتهم أن وجد لحضور الاستجواب أو المواجهة كالتزام مشروط بأن يكون المتهم قد أعلن اسم محاميه بالطريق الذى رسمه القانون وهو التقرير فى قلم كتاب المحكمة أو أمام مأمور السجن (٢٠) مكرر .

وجاء فى الفقرة الثالثة من نفس المادة تبنيها موجهاً للدفاع فى صورة تعليمات بأنه « لا يجوز للمحامى

الكلام إلا اذا أذن له القاضى ، وإذا لم يأذن له وجب إثبات ذلك في المحضر (٣/٢٤) . وفى التعليمات العامة للنيابات - مادة ٣٦٠٩ إذا حضر محامى المتهم ، فلا يجوز له أن يتكلم إلا اذا أذن عضو النيابة المحقق فإذا لم يأذن له وجب اثبات ذلك فى المحضر ، ولا تسمع من المحامى مرافعة أثناء التحقيق ، وتقتصر مهمته على مراقبة حيدة التحقيق وابداء ما يعن له من دفوع وطلبات وملاحظات على أقوال الشهود كتابة أو شفاهة ، وإذا أبدى المحامى دفعاً فرعياً بعدم الاختصاص وغير ذلك من أوجه الدفوع ، ورأى عضو النيابة عدم وجاهته ، وجب عليه إثباته فى المحضر والاستمرار فى التحقيق .

وفى المادة ٦١٠ من نفس التعليمات بأنه « لا يسمح للمحامى بمقاطعة الشاهد أثناء سؤاله ، وانما يجوز له - بعد الانتهاء من سماع أقوال الشاهد - أن يبدى ملاحظاته عليه ، وأن يوجه له ما يشاء من أسئلة ، على أن توجيهها للشاهد عن طريق عضو النيابة المحقق .

ولعضو النيابة المحقق رفض توجيه أى سؤال ليس له علاقة بالدعوى ، أو يكون صيغته ماس بالغير ، فإذا أصر المحامى على توجيهه للشاهد ، فيثبت السؤال بالمحضر دون توجيهه إليه .

وهذه التعليمات تعتبر تفسيراً عملياً للاجراءات التى نصت عليها الفقرة التالية من المادة ١٢٤ إجراءات وبخصوص مايجب على كل من الدفاع والمحقق .

ثانياً : الاطلاع على التحقيق :

استلزم القانون فى استجواب المتهم وفى مواجهته مراعاة تمكين محامى المتهم من الاطلاع على التحقيق فى اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة ، وأن كانت الجريمة جنحة ، فلا تلزم دعوة المحامى فيها قبل الاستجواب وأن كان لازماً فيها اطلاع المحامى على التحقيق فى اليوم السابق على الاستجواب أن طلب المحامى ذلك ، والحكمة من تمكين المحامى من الاطلاع على التحقيق فى اليوم السابق على الاستجواب ، هى : ألا يفاجأ المتهم أو محاميه بأمور تحول المفاجأة ذاتها دون الرد عليها رغم أنه من الممكن هذا الرد ، ولم يجز القانون اطلاع المحامى على التحقيق فى يوم أخر أكثر تبكيراً من اليوم السابق مباشرة على الاستجواب أو المواجهة ، وذلك لإنه يحتمل لو قرر القانون ذلك أن تطرأ بعد اطلاع المحامى وقبل اجراء الاستجواب أو المواجهة أمور جديدة لم يكن ممكناً أن يلم بها فى اطلاعه السابق على طروئها ، ومن أجل ذلك تحدد لاطلاعه اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة حتى يلم بكافة الأمور التى سجلت على المتهم حتى آخر لحظة سابقة على هذا الاستجواب [٢١] .

وقد قضت محكمة النقض بان « دفع محامى المتهم ببطلان التحقيق وما تلاه من إجراءات استناداً إلى عدم تمكين النيابة له قبيل التصرف فى التحقيق من الاطلاع على ملف الدعوى وعدم السماح له بالاتصال بالمتهم هذا الدفع لا محل له إذ أن القانون لا يرتب البطلان إلا على عدم السماح بغير مقتض لمحامى المتهم بالاطلاع على التحقيق فى اليوم السابق على استجواب المتهم أو مواجهته بغيره أو بالاطلاع على التحقيق أو الاجراءات التى أجريت بغيبته [٢٢] . وللمحقق الحق فى أن يقرر عدم اطلاع محامى المتهم على التحقيق فى اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة للأسباب يستلزمها حسن سير التحقيق ذاته والحرص على استكشاف الحقيقة ، وهو ما نصت عليه المادة ١٢٥ اجراءات فى أخر الفقرة الأولى « مالم يقرر القاضى غير ذلك » ، ويقول الدكتور المرصفاوى « ينبغى التحرر والاقلال من استعمال هذا الحق إلا لضرورة توجيه فلا يمس بحق المتهمين فى الدفاع عن أنفسهم » . [٢٣] ونحن مع هذا الرأى مع اضافة أنه كان يجب أن تكون هناك قواعد وشروط للحالات التى يتركها القانون لتقدير المحقق حتى لا تكون مطلقة ومن الصعب التعرف على مدى موافقتها لما قدرت له .

ميعاد الاستجواب :

لم يقيد المشرع سلطة التحقيق باجراء الاستجواب فى وقت معين ، وذلك كقاعدة عامة . فيجوز لسلطة

التحقيق الالتجاء إليه فى أية لحظة من مرحلة التحقيق ، ولذلك فأن الاستجواب قد يكون هو أول اجراء من اجراءات التحقيق وبه تحرك الدعوى كما قد يكون فى لحظة تالية لسماع الشهود أو اجراء المعاينة أو التفتيش على أنه فى حالة اعتراف المتهم بالتهمة المنسوبة اليه عند سؤاله شفوياً عنها فأنه يستحسن استجوابه فوراً وقبل أى اجراء أخر ، وفى حالة الإنكار يفضل استجوابه بعد جمع أدلة الثبوت الأخرى لمواجهته بما أسفرت عنه ، ويجوز إعادة استجواب المتهم أكثر من مرة أثناء التحقيق (٢٤) .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أن الاستجواب غير مقيد بميعاد معين إلا أن المشرع أوجب اجراؤه خلال مدة أربع وعشرين ساعة إذا كان المتهم مقبوضاً عليه . فالمادة ١٣١ اجراءات أوجبت على قاضى التحقيق أو النيابة العامة أن تستجوب فوراً المتهم المقبوض عليه ، وإذا تعذر ذلك يودع فى السجن إلى حين استجوابه ، ويجب ألا تزيد مدة ايداعه على أربع وعشرين ساعة . فإذا مضت هذه المدة وجب على مأمور السجن تسليمه إلى النيابة العامة وعليها أن تستجوبه فوراً إذا كانت هى التى تباشر التحقيق ، وإذا كان التحقيق يباشر بمعرفة قاضى التحقيق فعليها أن تطلب منه استجوابه فى الحال ، ولها عند الاقتضاء أن تطلب ذلك من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة أو أى قاضى أخر يعينه رئيس المحكمة ، والأمر باخلاء سبيله (٢٥) .

بطلان الاستجواب :

يكون البطلان متعلقاً بالنظام العام فى حالة ما إذا باشر الاستجواب غير المحقق كما حالة مأمور الضبط القضائى لانعدام الولاية باجراء الاستجواب حتى ولو كان بناء على انتداب من قاضى التحقيق أو النيابة العامة .

وكذلك فى حالة التأثير على ارادة المتهم بالاكراه أو التهديد أو الارهاق المتعمد للمتهم أو كانت ارادته معدومه أو معيبة بسبب استخدام العقاقير أو المغيبات معه أو إذا عمد المحقق إلى خداع المتهم أو كانت الاسئلة الموجهة إلى المتهم من النوع الايحائى .

ذلك أن عدم مباشرة أى ضغط على ارادة المتهم عند استجوابه وليست ضمانة مقررة لصالحه وإنما هى متعلقة بالثقة فى الجهاز المنوط به تحقيق العدالة الجنائية (٢٦)

أما البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم وليس متعلقاً بالنظام العام فهو مخالفة الضمانات الخاصة بمصلحة المتهم فى الدفاع كدعوة المحامى للحضور أو تمكينه من الاطلاع ولذلك يتعين التمسك به أمام محكمة الموضوع ولايجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض فالقانون يرتب البطلان على عدم السماح بغير مقتض لمحامى المتهم بالاطلاع على التحقيق فى اليوم السابق على استجواب المتهم أو مواجهته بغيره أو بالاطلاع على التحقيق أو الاجراءات التى أجريت بغيبته (٢٧) وكذلك يترتب البطلان فى حالة قيام المحقق فى جناية بمواجهة المتهم بغيره من المتهمين أو الشهود دون أن يتبع الضمانات المنصوص عليها فى المادة ١٢٤ و١٢٥ من قانون الاجراءات مالم يقرر المحقق غير ذلك (٢٨) .

والدفع ببطلان استجواب المتهم فى جناية ، واعترافه المستمد منه لعدم دعوة محاميه للحضور - رغم عدم تنازله عن الدعوى صراحة - هو دفع جوهرى لتعلقه بحرية الدفاع وبالضمانات الأصلية التى كفلها القانون صيانة لحقوق هذا المتهم ، مما يقتضى من المحكمة أن تعنى بالرد عليه بما يفنده ، فإن هى أغفلت ذلك ، فإن حكمها يكون معيباً بالقصور فى التسبيب (٢٩) .

ويتساءل الدكتور المرصفاوى « وإذا فرض وصدر أمر الحبس الاحتياطى أو بمدة بغير استجواب المتهم فما هو سبيله للتمسك بهذا البطلان ؟ ويجيب أيضا : ليس أمام المتهم فى التشريع الراهن الا إثارة الموضوع أمام

الجهة التى يعرض عليها مد الحبس أو موضوع الدعوى بعد ذلك ويتعين عليها أن تبطل الامر بالحبس أو الامتداد ، وتأمر بالافراج عن المتهم فوراً ، ثم يتساءل ولكن هل يجوز تفادى البطلان باستجواب لمتهم لدى الجهة التى يثار أمامها ذلك الموضوع ، فيتحقق بهذا الضمان الذى قد منحه أياه ؟ ثم يدلى برأيه الخاص بأن أمر الحبس قد ولد باطلاً ولا يصححه الاستجواب اللاحق لأنه بنى على معدوم والمبنى على المعدوم معدوم (٣٠) .

ونحن نرى أنه يجب على المشرع التدخل لحسم هذه الأسئلة باجابات اجرائية قاطعة خاصة فى مواطن التقدير المتروكة على اطلاقها للقائم بالاجراء مما يتسبب فى كثير من الزلل وضياع كثير من الحقوق والضمانات التى يجب أن تحيط بالتحقيق وما يترتب عليه ، ويكون الحق فى مأمن من شطحات الهوى وسوء التقدير حتى ولو كان تحت رقابة محكمة الموضوع .

الهوامش :

١ - د. فتحى سرور - الاجراءات - ص ٢٧٢ ومابعدها .

٢ - طعن رقم ٢٩٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٧٦/٩/١٤ س٣٠ ص ٣٨٥ .

٣ - طعن رقم ٧٢٩ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٦٦/٦/٢١ س١٧ ص ٨٦٢ .

٤ - طعن رقم ٩٥٣ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٥ س٢٤ ص ١٠٥٢ .

٥ - انظر فى الموضوع محمد سامى النبراوى ، استجواب المتهم . رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٦٨ ومأمون محمد سلامه - الاجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ص ٦٣٤ .

٦ - مأمون سلامه ، الاجراءات فى التشريع المصرى ص ٦٣٤ ومابعدها .

٧ - المرصفاوى ، أصول الاجراءات الجنائية ، ص٤١٧

٨ - الشاوى ص ١٢٠ والمرصفاوى ص ٤٢١ .

٩ - د. رمسيس بهنام ، الاجراءات نظرياً وتطبيقياً ص ١٦١ .

١٠ - معوض عبد التواب ، الحبس الاحتياطى علماً وعملاً ، ص ١١٨ .

١١ - رمسيس بهنام ، الوجيز فى الاجراءات نظرياً وتطبيقياً ، ص ١٦٢ .

١٢ - نقض ١٩٧٨/٦/١٢ مج ص ٢٩ ص ٦١٩ .

١٣ - رمسيس بهنام ، الوجيز فى الاجراءات السابق ص ١٦٠ .

١٤ - مأمون سلامة ، الاجراءات فى التشريع المصرى ، ص ٦٣٥ . المرصفاوى ص ٤١٨ .

١٥ - الاجراءات فى التشريع المصرى ، مأمون سلامه ، ص ٦٣٨ .

١٦ - نقض ١٩٦٨/١٠/٢٨ مج س ١٩ ص ٨٩١ .

١٧ - راجع المذكرة الايضاحية لقانون الإجراءات الجنائية عن المادة ٤٣ من المشروع .

١٨ - نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ أحكام النقض س٢٧ ق٤١ .

١٩ - المرصفاوى ص ٤١٩ .

٢٠ - نقض ١٩٦٨/١٠/٢٨ مج س ١٩ ص ٨٩١ .

٢١ - رمسيس بهنام ص ١٦٢ .

٢٢ - نقض ١٩٥٦/٣/١٥ أحكام النقض س٧ ق١٠٧ ص ٣٦١ .

٢٣ - المرصفاوى ص ٤٢١ .

٢٤ - ويلاحظ أن المادة ١٢٣ اجراءات تنص على انه عند حضور المتهم لأول مرة فى التحقيق يجب على المحقق أن يتثبت من شخصيته ثم يحيط علماً للتهمة النسوبة إليه ويثبت أقواله فى المحضر ، وهذا الاجراء لا يعتبر استجواباً وانما هو مجرد اثبات شخصيته وإعلانه بالتهمة ، ذلك أن الاستجواب يتطلب المناقشة التفصيلية ، والقول بغير ذلك يؤدى إلى اعتبار سماع أقوال المتهم فى أي جلسة من جلسات التحقيق استجواباً وهذا مالم يمكن التسليم به ، ونظراً لأن الاستجواب رتب عليه القانون اثاراً معينة ومنها الحبس الاحتياطى ومن ثم وجب مراعاة الضمانات المقررة له عند اجرائه . مأمون سلامه ص ٦٣٦ ، ومن هذا الرأى أيضاً ، أحمد فتحى سرور الاجراءات ص ٦١٦ .

٢٥ - نفس المصدر السابق ، إذا عرض مأمور الضبط القضائى على النيابة محضر الاستدلالات بعد حجزه المتهم لمدة أربع وعشرين ساعة ، وطلب من النيابة مد الحجز لمدة أربع وعشرين ساعة أخرى ، فإنه يجب على النيابة ألا تأمر بذلك الا لضرورة ملجئة وأن تبادر إلى استجواب المتهم ضماناً لحريته ، المادة ٣٦٩ تعليمات النيابة العامة .

٢٦ - هامش ١ ص ٦٤١ ، مأمون سلامة .

٢٧ - نقض ١٩٥٦/٣/١٥ أحكام النقض س ٧ ق١٠٧ ص ٣٦١ .

٢٨ - نقض ١٩٦٩/٤/٢٨ مج س ٢١ ص ٥٧٨ .

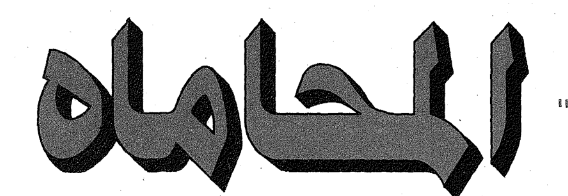
٢٩ - نقض ١٩٦٨/١٠/٢٨ مج س ١٩ ص ٨٩١ .

٣٠ - المرصفاوى ص ٤٢١ .

محتويات

أولاً : من قضاء المحاكم


قالوا عن
المحاماه
المحاماة
علم وخلق .. نجدة وشجاعة ..
ثقافة وتفكير .. درس وتمحيص ..
بلاغة وتذكير .. مثابرة وجلد ..
ثقافة فى النفس .. استقلال فى الحياة ..
أمانة واستقامة .. إخلاص فى الدفاع
كل أولئك هى المحاماه
المغفور له الأستاذ النقيب الأسبق
عبد الرحمن الرافعى



مجلة قانونية فصلية تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية
السنة الرابعة والسبعون عدد مايو - أغسطس ١٩٩٥



الجزء الثانى



مجلة قانونية فصلية تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية

السنة الرابعة والسبعون عدد أغسطس ١٩٩٥



الجزء الثانى

بغير الإنسان الحر ، وقضاء مستقل ،
وبغير محاماة تنتصر للمظلوم أمام ذلك
القاضي المستقل لن يسلم حالنا أبداً

الأستاذ الجليل
أحمد الخواجه
نقيب المحامين

كلمة العدد

يتصادف صدور هذا العدد (العدد الثاني لسنة ١٩٩٥) في بداية العام القضائي الجديد (٩٥ / ١٩٩٦) وبهذه المناسبة نهنيء محامي جمهورية مصر العربية بالعام القضائي الجديد .. جعله الله عاماً سعيداً لكل العاملين في حقل القانون .

وإذ نقدم في هذا العدد أحدث أحكام القضاء الإداري .. والإدارية العليا حتي سنة ١٩٩٥ .. والتي لم يسبق نشرها من قبل .. وسوف نوالي بإذن الله نشر أحكام الإدارية العليا .. والدستورية العليا والنقض المدني والجنائي حتي نهاية ١٩٩٥ في العدد القادم

ونرجو ملحين أن توافونا بما يعن لكم من آراء أو اقتراحات أو نقد علي الأعداد السابقة وذلك سلباً أو إيجاباً .. حتي نستفيد من ذلك ... إذ نعمل جاهدين إلي الأفضل والأحسن .. حتي تكون مجلتكم مرموقة بين سائر المجلات الأخري في الحقل القانوني .

كما نرجو أن توافونا بأية أبحاث حديثة لديكم لنشرها بمجلتكم . حتي تعم الفائدة .. إذ أننا نعمل من أجلكم ، وفي خدمتكم .. ونستمد العون من الله سبحانه وتعالي وحده .. وبفضل اخلاصكم وحبكم لمجلتكم .. والله يهدي إلي خير السبيل ..

إنه نعم المولى .. ونعم النصير

محمد السيد حمدون
المحامى
وكيل نقابة المحامين

لقاء شباب المحامين بمناسبة

المسابقة البحثية الخاصة بالدكتور / زكى هاشم المحامى

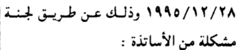
كانت نقابة المحامين - مُمثَلةً فى لجنة الشباب - قد دعت إلي مسابقة بحثية لشباب المحامين فى الموضوعات الثلاثة الآتية :

١- علاقة قانون الاجراءات الجنائية بالدستور .

٢- مستقبل علاقات الاسكان فى مصر .

٣- الدور القومى للنقابات المهنية .

وتقدم لنقابة المحامين أكثر من مائة وثمانى وأربعين بحثاً من شباب المحامين وكانت لجنة الشباب قد حددت موعداً لتقييم الأبحاث وهو يوم الخميس ١٩٩٥/١٢/٢٨ وذلك عن طريق لجنة مشكلة من الأساتذة :



١- رفعت ابراهيم المحامى .

٢- فايز لوندى المحامى .

٣- زكريا خطابى المحامى .

وقد اجتمعت اللجنة المشكلة لمراجعة الأحاث المقدمة من شباب المحامين .

وقد انتهت اللجنة بعد فحص الأبحاث المقدمة إلى تقييمها على الترتيب الآتى :

الأول : وهو البحث المقدم من الأستاذ / حسان عبد الصالحين أحمد المحامى وحصل على ٣٠٠٠ جنيه .

الثانى : وهو البحث المقدم من الأستاذ / فتحى إمام خلف الله المحامى وحصل على مبلغ ٢٠٠٠ جنيه .

والثانى مكرر : وهو البحث المقدم من الأستاذ / صلاح الدين جميل أحمد نصر المحامى وحصل أيضاً على مبلغ ٢٠٠٠ جنيه .

والثالث : وهو البحث المقدم من الأستاذه / نورا صبحى يواقيم المحاميه وحصلت على ١٥٠٠ جنيه .

والثالث مكرر : وهو البحث المقدم من الأستاذ / سعيد محمد أبو الفتح المحامى ومن الرابع حتى العاشر الأساتذة :

٤- خالد عبد الله شهاب

٥- أحمد محمد أحمد البلتاجى

٦- محمد إبراهيم صبيح

٧-عاطف عايد جرجس

٨- نهاد فاروق عباس محمد

٩- ابراهيم مهنى عبد المعطى

١٠- أشرف عبد الفتاح الروبى

وقد حصل كل من هؤلاء الأساتذة على مبلغ ٥٠٠ جنيه .

أما باقى الباحثين من الثانى عشر حتى الأخير فقد رأى الأستاذ / مختار نوح أمين الصندوق اعطاء كل واحد من هؤلاء الأساتذة الباحثين مبلغ ١٥٠ جنيه تشجيعاً لهم على بحثهم ويكفيهم شرف المحاولة مع تمنياتنا لهم بحظ أوفر فى المسابقات التالية وتم عرض الأمر على سيادة النقيب فكان الاجماع على تشجيع البحث العلمى .

ثم جاء اليوم الذى انتظره الباحثون على وجل وشوق ... وهو يوم اعلان الجوائز ... والكل يُيمُم وجهه شطر المنصه وامتلأت القاعة عن آخرها واكتملت المنصة أيضا بشباب مجلس نقابة المحامين ونقيبهم المبجل وجلس على المنصة معالى نقيب المحامين الأستاذ / أحمد الخواجه ثم الأستاذ / مختار نوح أمين الصندوق ثم الأستاذ خالد بدوى أمين الصندوق المساعد ومقرر لجنة الشباب ثم الأستاذ / جلال سعد عثمان الأمين العام المساعد ومقرر لجنة الشباب أيضا والأستاذ / يوسف كمال عضو المجلس ثم الأستاذ / ناجح طه ثم الأستاذ / محمد أبو الوفا عضوا المجلس ثم الأساتذة الأفاضل / رفعت ابراهيم وكيل نقابة المحامين الفرعيه بالقاهرة والأستاذ / زكريا خطابى ، والأستاذ / فايز لوندى (وهم اعضاء اللجنة المشكلة لتقييم ومراجعة الابحاث ...)

ثم فتحت الجلسة بخير بداية بالقرآن الكريم

ثم بدأ الأستاذ / مختار نوح كلمته بأن هنأ السادة الحاضرين برأس السنة الميلادية ودعا الله سبحانه وتعالى أن تعود لبلادنا البسمة وأن يأتى العام القادم وقد حُلت كل مشكلاتها على كل صعيد وكل مستوى .

ثم قدم الأستاذ / جلال سعد عثمان الأمين العام المساعد بصفته مقررا للجنة الشباب ليقول كلمة الشباب .



وبعد أن حمد الله سبحانه وتعالى وأثنى عليه ذكر فى كلمته أن هذه النقابة لا يمكن أن تموت ولكنها قد تمرض أو تنام أو تغفو ومن هنا كان لابد من أن يقوموا على تنبيهها وإيقاظها وعلاجها من أمراضها حتى تصح وتحيا وتقوم برسالتها على أكمل وجه وأحسن صورة وإن كانت الأمم تُقاس بثرواتها ، فإن أعظم ثروات هذه النقابة هى الشباب .



فالشباب هم الذين يستطيعون أن يُحيوا هذه النقابة من موات وأن يوقظوها من ثُبات ، وأن يجمعوها من شتات ، وأن يحركوها من سكون وأن ينبهوها من غفلة ذلك لأن الشباب فى كل عصر هم عماد النهضات وحملة الرسالات وذخيرة هذه الأمة وأمل الغد ثم ضرب أمثلة :

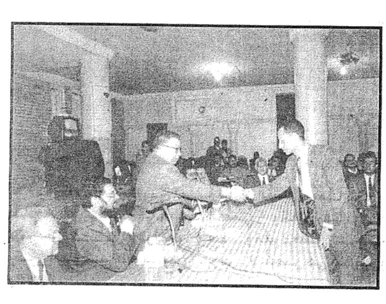
١- بأن أصحاب موسى كانوا شبابا .

٢- وكان أصحاب الكهف شبابا .

٣- وكان إبراهيم عليه السلام عندما حطم الأصنام كان شابا .

٤- وكان أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فى مجموعهم شبابا .

وذكر أنه لا يجد غرابة إذن أن تتجه نقابتنا إلى الشباب وثلاثة أرباع أعضاء المجلس من الشباب ، وكيف أنهم علي مستوى آخر يمثلون ٩٠٪ من مجموع جمعيتهم العمومية ثم تعرض لما أنجزته لجنة الشباب لشباب المحامين .

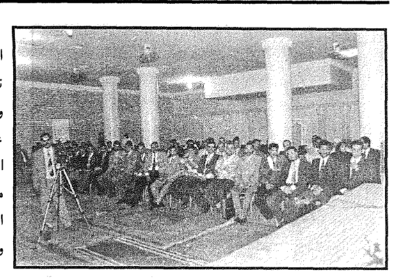


وقال أنها إنجازات تكاد تشبه المعجزات بالنظر إلى الفترة العصيبة التى مرت بها نقابتنا ومع ذلك تم عمل عدة مشروعات كمشروع الكتاب المقسط والمعارض المخفضه للكتاب القانونى ثم مشروع المواصلات ثم رفع الحد الأدنى لمن لا يستحق معاشاً إلى ١٧٥ جنيه ثم مشروع التكافل الاجتماعى ، ثم مشروع الرعاية الصحية لعلاج المحامين وأسرهم ، ثم تشجيع الشباب على البحث العلمى .

ثم توجه بالشكر الجزيل والثناء العطر للأساتذة أعضاء اللجنة المشكلة من :

(رفعت إبراهيم - فايز لوندى - زكريا خطابى) .

ثم تحدث الأستاذ خالد بدوى أمين الصندوق المساعد ومقرر لجنة الشباب ودعا للسادة الحضور أن يديم عليهم نعمة البحث والدراسة والتعلم وقال - فيما قال - أن كلنا يتعلم من لحظة ميلاده إلى أن يلقى ربه ودعا الساده الحضور إلى أن يتفقهوا فى القانون وفى غير القانون ، كما شكر سيادته معالى النقيب على حضوره وتشريفه ورعايته للشباب .



ثم قدم الأستاذ / مختار نوح معالي النقيب بكلمة بليغه ذكر فيها كيف أنه رمز نقابى لا يمكن تجاهله وأنه شباب حقيقى وجزم فى كلمته أنه يتعامل مع سيادته منذ عام ١٩٨٥ حتى الآن فوجد فى مدرسته الدراسة المجانية الوحيده التى حافظت على مجانيه التعليم مدرسة الأستاذ / أحمد الخواجه بما فيها من خلق عالٍ وأداء طيب واحترام للعلم ..



ثم بدأ معالي النقيب كلمته فقال أن القصد حينما يمنح جوائز للشباب هو دفعهم إلي البحث العلمي – وأنه في القانون لا يمكن للمرء أن يكتب إلا إذا قرأ وأستوعب .. وأنتم معشر شباب المحامين رموز أمام شباب المحامين العرب .. فمصر هي المدرس والمعلم والكلية .

إن مسئولية شباب المحامين في مصر أوقع وأعرض من مسئولية شباب أي دولة أخري لأنهم يعبرون عن ضمير أمتهم ....

وأنا أقول دوماً :

أن الحياة كلمة ..

بل والحق كلمة ..

وأنتم أهل لحمل هذه الأمانة .

حقق وتابع حوار الندوة

الأستاذ / أحمد حلمى المحامى

نقابة المحامين

لجنة الشباب

تم بحمد الله توزيع الجوائز المالية على الفائزين فى المسابقة البحثية المقدمة جوائزها من الأستاذ الدكتور /

« زكى هاشم »

وقد فاز فى المسابقة الأساتذة / حسان عبد الصالحين أحمد ، فتحى إمام خلف الله ، صلاح الدين جميل أحمد نصر ، نورا صبحى يواقيم ، سعيد محمد أبو الفتح ، خالد عبد الله شهاب ، أحمد محمد أحمد البلتاجى ، محمد إبراهيم صبيح ، عاطف عايد جرجس ، نهاد فاروق عباس محمد ، إبراهيم مهنى عبد المعطى ، أشرف عبد الفتاح الروبى .

وتعلن النقابة عن المسابقة البحثية الثانية والمقدم جوائزها من الأستاذ النقيب /

« أحمد الخواجة - نقيب المحامين »

حول الموضوعات الاتية :

١- قانون الايجارات - تصور جديد .

٢- المحاماه وحقوق الانسان .

٣- نحو قانون للتجاره جديد

وتبلغ قيمة الجائزة الأولى : ثلاثة آلاف جنيه .

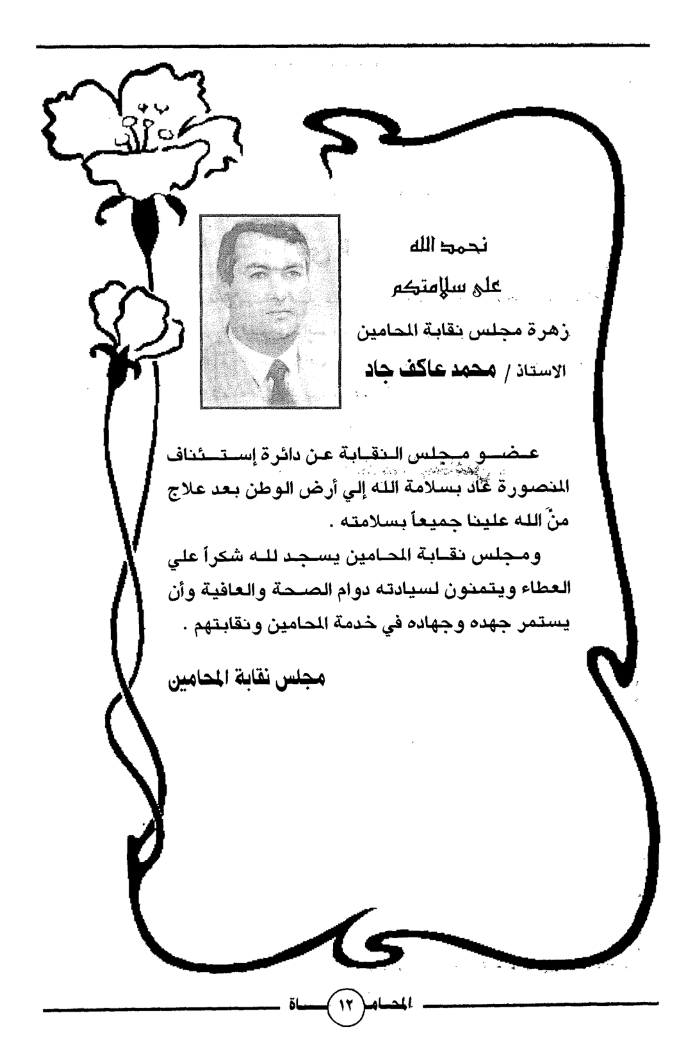
والجائزة الثانية : ألف وخمسمائة جنيه .

والجائزة الثالثة : ألف جنيه .

ويمنح الفائزون من الرابع وحتى العاشر جائزة قدرها خمسمائة جنيه مصرى وتقدم الابحاث حتي يوم ١٤/٣/١٩٩٦ .

مقررا لجنة الشباب
خالد بدوى
وجلال سعد
عضوا مجلس النقابة

نقيب المحامين
أحمد الخواجه



نحمد الله

على سلامتكم

زهرة مجلس نقابة المحامين

الاستاذ / **محمد عاكف جاد**

عضو مجلس النقابة عن دائرة إستئناف المنصورة عاد بسلامة الله إلي أرض الوطن بعد علاج منَّ الله علينا جميعاً بسلامته .

ومجلس نقابة المحامين يسجد لله شكراً علي العطاء ويتمنون لسيادته دوام الصحة والعافية وأن يستمر جهده وجهاده في خدمة المحامين ونقابتهم .

مجلس نقابة المحامين

مــن
قضاء النقض
فى
الإيجــارات

(١)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة التسويات
جلسة الاثنين
١٩٩٢/٣/١٦

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ القرار السلبى بامتناع جهة الإدارة من إنهاء خدمته طبقاً لنص المادة ٩٧ من القانون رقم ٤٧ لسنة ٧٨ وإعطائه شهادة تفيد ذلك وخلو طرفه ومدة خبرته وفى الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه وما يترتب على ذلك من آثار عدم تقديم الجهة الإدارية الإجابة والرد على المدعى بعد أن تقدم باستقالته بجعلها فى حكم الممتنع عن الرد السلبى على المدعى . سلطة وقف التنفيذ مشتقة من سلطة الإلغاء وفرع منها مودها إلى الرقابة القانونية التى يسلطها القضاء الإدارى على القرار على أساس وزنه بميزان القانون وزناً مناطه مبدأ المشروعية فلا يوقف تنفيذ القرار إلا إذا توافر ركنان أولهما الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه نتائج يتعذر تداركها والثانى يتصل بمبدأ المشروعية أى أن يكون إدعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر على أسباب جدية ترجح بحسب الظاهر الغاء القرار وذلك دون مساس بطلب الإلغاء ذاته الذى يبقى دائماً بما يتفرع عنه من دفوع وما يتعلق به من دلائل موضوعية ترده وترخصه حتى يفصل فيه موضوعاً .

إذا تقدم العامل باستقالة مكتوبة غير معلقة على شرط أو مقترنة بقيد ولم يكن محالاً إلى المحاكمة التأديبية وجب على الجهة الإدارية البت فيها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمها ، إما بقبولها وعندئذ تنتهى خدمة العامل بالقرار الصادر بقبولها أو بإرجاء قبولها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة مدة لا تزيد على أسبوعين بالإضافة إلى مدة الثلاثين يوماً شريطة إخطار العامل بذلك فإذا لم تبت الجهة الإدارية فى الإستقالة ومضت مدة الثلاثين يوماً اعتبرت الإستقالة مقبولة بحكم القانون .

حكمت المحكمة

بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار السلبى بالامتناع عن إنهاء خدمة المدعى للإستقالة وإعطائه شهادة بإنتهاء خدمته وخلو طرفه وخبرته السابقة وما يترتب على ذلك من آثار .

(الدعوى رقم ٣٦١٨ لسنة ٤٦ ق)



محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٣/٢/١٨

طلب المدعى الحكم بقبول الدعوى شكلا وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار وزارة الشئون الاجتماعية الصادر باشتراك فريق من الهيئات والجمعيات الاجتماعية التابعة للوزارة باسم مصر فى دورة الألعاب الأوليمبية بسيول فى سبتمبر ١٩٨٨ وفى الموضوع بالغاء القرار مع مايترتب على ذلك من آثار . وحيث أن المشرع قد ألزم الجهات المختصة بتأهيل المعوقين المتمتعين بجنسية جمهورية مصر العربية بتقديم الخدمات الإجتماعية والنفسية والطبية والتعليمية والعملية لهم ولتمكينهم من التغلب على الآثار التى تخلفت عن عدم قدرتهم على الاعتماد على أنفسهم من مزاولة العمل والإستقرار فيه وقد أناط المشرع بوزارة

الشئون الإجتماعية إنشاء المعاهد والمؤسسات والهيئات اللازمة لتوفير تلك الخدمات لهم .

ويدخل فى مدلول الرعاية المقررة للمعوقين الرعاية الصحية والبدنية المتمثلة فى نشر الوعى الرياضى بينهم وتشجيعهم على ممارسة الرياضة بما تشمله من لعبات مختلفة والعمل على نشرها بينهم ورفع مستواهم الفنى فيها وتمشياً مع ذلك وفى ضوء تلك الأهداف أنشأت وزارة الشئون الاجتماعية من بين ما أنشأته مؤسسة لرعاية المعوقين ترعاهم وتذلل كافة العقبات التى توجد أمامهم . وقد اشتركت الوزارة عن طريق هذا الاتحاد فى مسابقات رياضية محلية ودولية متعددة وحيث أن المستفاد من نصوص القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٥ أن المشرع جعل مباشرة النشاط الرياضى بجمهورية مصر العربية لكل من اللجنة الأوليمبية وإتحادات اللعبات الرياضية والأندية والهيئات الرياضية للمعوقين .

ومن حيث أنه لما تقدم فإنه ولئن كانت وزارة الشئون الاجتماعية قد أنشأت إتحاد الهيئات رعاية للفئات الخاصة والمعوقين يضم كلا من هيئة رعاية المعوقين عن الشلل بجمعية الوفاء عن المكفوفين وأنشأت من خلال هذا الإتحاد لجنة رياضية للمعوقين برياضة المعوقين بألعاب مختلفة إلا أن الإتحاد المذكور قد أنشأ من خلال الإطار العام الذى قصده المشرع لرعاية المعوقين والذى نص عليه فى المادة ٨٧ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

ومن حيث أنه متى كان ذلك وإذ صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٥ بشأن الهيئات الخاصة للشباب والرياضة الذى نص على أن يباشر النشاط الرياضى فى جمهورية مصر العربية كل من اللجنة الأوليمبية وإتحادات اللعبات الرياضية والأندية الرياضية والأعضاء فى الإتحادات وجعل من إتحاد اللعبة الجهة الوحيدة المسئولة فنياً عن شئون هذه اللعبة فى كافة أنحاء الجمهورية ورفع مستواها فى حدود القواعد التى يقررها الإتحاد الدولى وناط بهذا الاتحاد وحده إختصاص إعداد الفرق الأوليمبية التى تمثل جمهورية مصر العربية فى الدورات الأوليمبية والعالمية والقارات والاقليمية فى البطولات العالمية الدولية والإشراف على تدريبها فإن المشرع يكون قد أتى بأحكام خاصة فى مجال النشاط الرياضى بلعباته المختلفة وأنشأ فى سبيل ذلك الأجهزة الرياضية المذكورة وناط بها وحدها المسئولية عن تكوين هذه اللعبة وإعداد الفرق الأوليمبية الأعضاء فى الإتحادات طبقاً لأحكام هذا القانون ونص على أن الإتحاد وحده هو المسئول فنياً عن شئون اللعبة التى أنشأ من أجلها وله فى سبيل ذلك تنظيمها والعمل على نشرها ورفع مستواها فى حدود القواعد التى يحددها الإتحاد الدولى وللإتحاد وحده لذلك إعداد الفرقة الأوليمبية التى تمثل جمهورية مصر العربية فى الدورات الأوليمبية والعالمية والقارية والأقليمية وفى البطولات العالمية والدولية والإشراف على تدريبها وحظر المشرع فى الوقت ذاته تكوين أكثر من إتحاد واحد لأية لعبة رياضية .

وحيث أنه بالبناء على ماتقدم وعلى هدى أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٧ فقد أصدر رئيس جهاز الرياضة القرار رقم ١١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء الاتحاد العام للأندية الرياضية للمعوقين وتم شهره برقم ١ لسنة ١٩٨٢ بتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٠ ، وقد نصت المادة الأولى من النظام الأساسى لهذا الاتحاد على أن الغرض منه تنظيم وتمثيل ومتابعة نشاط اللعبات والرياضات التى يمارسها المعوقين والعمل على نشرها بينهم ورفع المستوى الفنى فيها .

وحيث كتب المدعى والذى يمثل الإتحاد العام الى اللجنة الأوليمبية المصرية عن طريق المجلس الأعلى للشباب والرياضة بأنه هو الذى يمثل مصر فى الدورة الأوليمبية التى ستقام فى سيول بكوريا الجنوبية فى سبتمبر ١٩٨٨ وورد إلى الاتحاد من المجلس الأعلى للشباب والرياضة خطابا فى ١٩٨٢/١٢/١٦ مرفقاً به صور مما ورد إلى المجلس الأعلى من اللجنة الأوليمبية المصرية وأن هذه اللجنة المنظمة للدورة الأوليمبية بسيول أن الهيئة الرياضية الوحيدة التى تمثل مصر فى الدورات الأوليمبية والعالمية هو الإتحاد العام للأندية الرياضية التى تمثل جمهورية مصر العربية فى الدورات والمسابقات والبطولات المشار اليها .

من حيث أنه على هدى هذا المقتضى وإعمالا بالقاعدة الخاصة بالقيد العام يكون الاتحاد العام للأندية الرياضية للمعوقين المنشأ طبقاً للقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٥ والذى يمثله المدعى والجهة الوحيدة المختصة بإعداد الفرق القومية للمعوقين الذى يمثل جمهورية مصر العربية فى دورة سول الأوليمبية وتبعاً لذلك يكون القرار المطعون فيه بإعداد فريق من المعوقين الذين تشرف على تأهيلها وزارة الشئون الإجتماعية باسم مصر فى هذه الدورة قد صدر مخالفاً للقانون وبالتالى يكون قد وقع باطلا مما يتعين القضاء بالغائه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بالغاء القرار المطعون فيه وما يترتب على ذلك من آثار مع إلزام الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٤٢/٣٥٠٦ ق)

(٣)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٣/٢/١٨

طلب المدعى الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبوقف تنفيذ وإلغاء القرار رقم ٤٢٦ لسنة ١٩٩٢ الصادر من محافظة الغربية فيما تضمنه من وقف الاستمرار فى المبانى الجارى إقامتها وإزالة الأعمال التى من شأنها تبوير الأرض بالنسبة للمدعى مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أنه عن شكل الدعوى ولما كانت الأوراق قد خلت مما يفيد علم المدعى بالقرار بالطعين ومرور أكثر من ستين يوماً على علمه قبل رفع دعواه الماثلة فمن ثم تكون الدعوى قد أقيمت فى المواعيد القانونية واستوفت أوضاعها الشكلية فهي مقبولة شكلاً .

وحيث أنه عن طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه فإن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه وفقاً لأحكام المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فإن مناط القضاء بوقف التنفيذ توافر ركنين :

أولهما : ركن الجدية وذلك بأن يكون ادعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر على أسباب جدية ويرجح معها الإلغاء للقرار .

وثانيهما : ركن الاستعجال وذلك بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

وحيث أنه عن ركن الجدية فإن البادى من ظاهر الأوراق أن الجهة الإدارية قد أصدرت قرارها المطعون

فيـه استناداً إلى أن المدعى قد خالف أحكام قانون الزراعة رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٣ .

وقام بالبناء على الأرض الزراعيـة وكذلك تبويرها ولم يرتض المدعى هذا القرار فقد قام بالطعن عليه بالدعوى الماثلة .

وحيث أن مفاد نصوص القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٢ و ٧ لسنة ١٩٨٥ أن المشرع قد استهدف مساحة الأرض الزراعية والمحافظة على حقوقها وذلك بأن على المالك أو نائبه أو المستأجر أو الحائز للأرض الزراعية بتبوير الأرض الزراعيـة أو تركها غير مزروعة كما أنه حظر البناء على هذه الأرض وحدد العقوبات التى يجوز توقيعها من قبل المحكمة المختصة بنظر هذه الجرائم وخول وزير الزراعة سلطة وقف وإزالة هذه المخالفات إلا أن هذه السلطة تختلف عن مخالفة الأخرى ففى حالة البناء على الأرض الزراعية له سلطة وقف أسباب المخالفة بالطريق الإدارى وحتى صدور الحكم الجنائى ودون حق إزالة هذه المخالفة فى حين خوله فى حالة تبوير الأرض وتركها بدون زراعة وقت أسباب المخالفة وإزالتها بالطريق الإدارى .

وحيث أن المدعى قام بإرتكاب أعمال التبوير للأرض الزراعيـة الموضحة الحدود والمعالم بعريضة دعواه بعمل تشوينات عليها وتركها بدون زراعة رغم توافر مقومات زراعتها ومستلزمات إنتاجها كما قام بالبناء عليها وتحرر له محضر مخالفة فإذا أصدرت الجهة الإدارية قرارها المطعون فيه بإزالة أعمال التبوير ووقف أعمال البناء .

فإن قرارها يكون على سببه المبرر له متفقاً وصحيح القانون الأمر الذى ينتفى معه ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ الأمر الذى يتعين معه الحكم برفضه دون ما حاجة لبحث ركن الاستعجال لعدم جدواه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف تنفيـذ القرار المطعون فيـه وألزمت المدعى المصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانوني فى موضوعها .

(الدعوى رقم ٥٧٨٥ لسنة ٤٢ ق)

(٤)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٣/٢/١٨

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ والغاء قرار مدير مديرية الإسكان لمحافظة القاهرة رقم ٨٧ لسنة ١٩٩٠ مع الحكم بفض الأختام الموضوعة على العقار وإلزام الجهة الإدارية بالتعويض المادى والأدبى .

وحيث أن المدعى يمتلك قطعة الأرض بموجب عقد بيع إبتدائى وقد آلت الملكيـة إليه بموجب عقد بيع مسجل وقام ببناء دورين الأول يتكون من عدد من المحلات والمخازن قام بتأجيرها والدور الثانى مكون من ثلاث شقق سكنية وأنه قد أخطر بخطاب مسجل بصدور قرار بازالة المبانى وعندما استفسر عن سبب ذلك القرار تبين أن العقار كان قد تقرر إزالته وبناء حديقة عامة بدلا من هذا العقار .

وحيث أنه لم يثبت من الأوراق أن المدعى قد أعلن بالقرار المطعون فيه بتاريخ ١٩٩٠/٣/١٤ وهو مالم تدحضه الجهة الإدارية فمن ثم تكون الدعوى متاحة فى الميعاد وقد استوفت أوضاعها فهى مقبولة شكلاً .

وحيث أن البادى من ظاهر الأوراق أن المدعى قد قام بالبناء بدون ترخيص بموقع ضائع فى خط التنظيم المعتمد فى العقار الذى يمتلكه وأنه تبعاً لذلك فقد تحرر ضده محضر مخالفة وصدر القرار رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٨ بازالة الأعمال المخالفة إلا أن المدعى قام باستئناف الأعمال المخالفة وذلك ببناء أعمدة الدور الأرضى فتحرر ضده محضر مخالفة ثم صدر قرار آخر بازالة تلك الأعمال .

وحيث أن المستفاد من نصوص القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى مواده الرابعة والخامسة عشر والسادسة عشر أن المشرع قد حظر إقامة مبان أو تعليتها أو تعديلها أو غير ذلك من الأعمال بدون الحصول على ترخيص فى ذلك من الجهة الإدارية المختصة وفى حالة المخالفة قضى المشرع بأن تصدر هذه الجهة قراراً بوقف الأعمال المخالفة بالطريق الاداري وللمحافظ المختص أو من ينيبه بعد أخذ رأى اللجنة المنصوص عليها فى المادة ١٦ من القانون سالف الذكر إصدار قرار بالإزالة وأنه لا يجوز التجاوز عن حالات صدورها التى منها حالة مخالفة خطوط التنظيم ومن حيث أنه بانزال ذلك على الحالة المماثلة يتضح من الأوراق أن المدعى قام ببناء بدون ترخيص وبموقع ضائع فى خط التنظيم المعتمد بالبناء بإقامة أساسات خرسانية تم ازالتها بالقرار رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٨ ثم عاد المدعى فى المخالفة فتحرر ضده محضر مخالفة ثم صدر القرار المطعون فيه بازالة الأدوار المخالفة حتى أعمدة وحوائط الدور الثالث فوق الأرض وقد صدر هذا القرار من مدير مديرية الاسكان بمحافظة القاهرة وذلك بناء على التفويض الصادر اليه من المحافظ .

وحيث أن القرار المطعون فيه قد صدر من مختص بإصداره طبقاً للقانون حيث أن المدعى قد قام بالبناء بدون ترخيص وعلى ضوائع التنظيم وإنه قد صدر ضده محضر مخالفة ثم قرار ايقاف ثم قرار ازالة بعد أخذ رأى اللجنة المنصوص عليها فى المادة ١٦ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ .

فمن ثم يكون القرار قد صدر صحيحاً مطابق للقانون ويكون النص عليه فى غير محله بما يتعين معه ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف التنفيذ للقرار المطعون فيه وإلزام المدعى المصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها .

(الدعوى رقم ٤٦٠١ لسنة ٤٤ ق)

(٥)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٣/٢/١٨

طلب المدعى الحكم بقبول الدعوى شكلا وبصفة مستعجلة بايقاف تنفيذ قرار محافظ الجيزة رقم ١٢٥٦ لسنة ١٩٩٢ بازالة الأعمال المخالفة للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بالمحل الذى يستأجره . وبالغاء القرار المطعون فيه مع مايترتب على ذلك من آثار .

وحيث أن المستفاد من نصوص القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى مواده الرابعة والخامسة عشر والسادسة عشر أن المشرع حظر إقامة أو إنشاء أو تعلية مبان أو أعمال تتعلق بها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وأوجب المشرع على تلك الجهة وقف الأعمال المخالفة تمهيداً لازالتها بقرار من المحافظ المختص أو فيمن يفوضه فى ذلك .

وحيث أنه لما كان ذلك وكان قد حدثت توسعات بالمحل الذى يستغله المدعى فى عرض بيع الزهور وأن هذه التوسعة عبارة عن حجرة مساحتها ٢٣,٢٥ متراً مربعاً من الألومنيوم وقد تمثلت هذه الحجرة من الفراغ المتروك أمام المحل وأن هذا التعديل قد تم بدون الحصول على ترخيص من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم والتى أوجب المشرع الرجوع اليها عند إحداث أى تعديل أو أية توسعة فى أعمال المبانى للحصول على موافقتها على ذلك بعد التحقق من مطابقة هذه الأعمال لأحكام القانون ومن ثم يكون هذا القرار بحسب الظاهر من الأوراق على سببه الصحيح قانوناً .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلا وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت المدعى مصروفات هذا الطلب وأمرت بإحالة الدعوى الى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانونى فى طلب الالغاء .

(الدعوى رقم ٥٨١٣ لسنة ٤٢ ق)

(٦)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٦/٢

طلب المدعين الحكم بوقف تنفيذ والغاء قرار محافظ القاهرة رقم ٥ لسنة ١٩٨٩ بهدم العقار ملكيتهم .

وحيث أن البحث فى الاختصاص بنظر الدعوى سابق على البحث فى الشكل والموضوع .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن القرار المطعون فيه قد صدر بناء على الأمر الصادر من لجنة المنشآت الآيلة للسقوط بحى عابدين .

وحيث أن القرار المطعون فيه قد صدر تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وهو يعد من قرارات الهدم فينعقد الإختصاص بالطعن عليها للمحكمة الإبتدائية الكائن بدائرتها العقار محل النزاع .

وحيث أن الحكم بعدم الاختصاص غير منهى للخصومة فى الدعوى .

وعليه فإن المحكمة تقضى بعدم إختصاصها بنظر الدعوى وفقاً لنص المادة ١٨ من القانون سالف الذكر.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم إختصاصها وإحالتها بحالتها إلى محكمة شمال القاهرة وأبقت الفصل فى المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٧٠١ لسنة ٤٧ ق)

(٧)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٦/٢

حيث أن المدعى أقام دعويين بغية الحكم له بوقف تنفيذ والغاء قرارى حى الزيتون رقمى ١٢ و١٢٦ لسنة ٩١ .

وحيث أنه عن الدعوى الأولى فإن موضوعها هو الطعن على القرار رقم ١٩٩١/١٢٦ والصادر من حى الزيتون بإزالة الدور السادس بالأرض لتجاوزه الإرتفاع القانونى المسموح به وذلك بالعقار رقم ٩ سابقاً ١١ حالياً شارع محمد ابراهيم عطية وبالتالى فهو قرار لا يمس عقار النزاع (المدعى) .

وحيث أنه يشترط لقبول دعوى الالغاء طبقاً لنص المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة يكون للمدعى صفة ومصلحة فى الدعوى .

وحيث أن القرار المطعون فيه لا يمس عقار المدعى ولم يوجه إليه شخصياً فمن ثم وجب الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة .

وحيث أنه عن الدعوى الثانية فإن البين من الأوراق أن طالب التدخل قد خصصت لهم الجمعية التعاونية للبناء والإسكان للعاملين بالجهاز المركزى للتنظيم والإدارة القطعة رقم ٢١ و٢٧ و٩٠ بمنطقة حدائق القبة فمن ثم تكون لهم صفة ومصلحة فى التدخل مما يوجب قبول تدخلهم .

ومن حيث أنه لم يثبت علم المدعى بالقرار المطعون فيه فى تاريخ سابق على اقامته للدعوى فمن ثم يكون تاريخ إقامته للدعوى هو تاريخ علمه بالقرار المطعون فيه وبالتالى تكون الدعوى مقامة فى الميعاد واذ استوفت أوضاعها الشكلية الأخرى فهى مقبولة شكلاً .

وحيث أنه عن ركن الجدية فإن البين من ظاهر الأوراق أن المخالفة موضوع قرار الإزالة المطعون عليه هو التعدى على نهر الشارع أملاك الدولة العامة لوقوعها على غير الطريق العام . وقد تمثل هذا التعدى فى بنائه سور من أربعة جهات وأن الجهة الإدارية قد ضبطت الواقعة فحررت له محضر بالمخالفة ثم أصدرت القرار المطعون فيه بإزالة التعديات حيث أنها تحول بين المال العام وبين الإعتداء عليه على الوجه المقرر قانوناً .

وحيث القرار المطعون فيه قد صدر من مختص بإصداره قائماً على أسبابه القانونية فإن النعى عليه يكون فى غير محله مما ينتفى معه ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة :

أولاً : بعدم قبول الدعوى رقم ٣٨٢١ لسنة ٤٦ ق لرفعها من غير ذى صفة وإلزام المدعى المصروفات .

ثانياً : بالنسبة للدعوى رقم ٣٤٧٧ لسنة ٤٣ ق بقبول تدخل الخصوم المتدخلين خصوماً منضمين للجهة الإدارية وبقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه رقم ١٩٩١/١٩ وإلزام المدعى المصروفات وأمرت باحالة هذه الدعوى إلى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانونى .

(الدعوى رقم ٣٤٧٧ و٣٨٧١ لسنة ٤٦ ق)

(٨)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والهيئات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٦/٢

طلب المدعيان الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وفى الموضوع بالغائه واحتياطياً ندب خبير فى الدعوى لمعاينة العقار على الطبيعة وبيان أوجه المخالفة من عدمه .

ومن حيث شكل الدعوى فإن المدعيين قررا بصحيفة دعواهما أنهما أبلغا بالقرار المذكور فى ١٩٩٣/٦/٢٨ ولم تجحد جهة الإدارة ذلك وأقاما دعواهما بتاريخ ١٩٩٣/٧/٢١ فمن ثم تكون الدعوى قد أقيمت فى المواعيد القانونية وإذ استوفت أوضاعها الشكلية فهى مقبولة شكلاً .

وحيث أن مفاد الدعوى هو الحكم بوقف تنفيذ والغاء قرار الإزالة رقم ٢٦٥ لسنة ١٩٩٢ المتضمن إزالة الدور العاشر فوق الأرض من العقار المذكور .

وحيث أنه عن طلب وقف تنفيذ القرارات المطعون فيها فإن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه وفقاً للمادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فإن مناط القضاء بوقف التنفيذ توافر ركنين :

أولهما : ركن الجدية وذلك بأن يكون إدعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر من الأوراق على أسباب جدية يرجع معها إلغاء القرار .

وثانيهما : ركن الإستعجال وذلك بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

وحيث أنه عن ركن الجدية فإن الجهة الإدارية قد أصدرت قراراتها المطعون فيها تأسيساً على أن المدعين قد أقاما الأعمال محل الإزالة ويتضح من العقار المشار إليه بدون الحصول على ترخيص من الجهة الإدارية المختصة ومتجاوزاً الإرتفاع المقرر قانوناً .

ولم يرتضى المدعيان هذه القرارات فقاما بالطعن عليها .

وحيث أن مفاد نصوص القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء المعدل بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٦ . أن المشرع حظر إنشاء مبان أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعديلها أو تعليتها أو هدمها أو غير ذلك من الأعمال التى تتصل بالبناء والواردة فى المادة الرابعة المشار اليها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وأوجب المشرع أن يتم تنفيذ البناء وفقاً للأصول وطبقاً للمستندات والرسومات والبيانات التى صدر على أساسها الترخيص .

وفى حالة المخالفة تتخذ الجهة الإدارية إجراءات وقف الأعمال المخالفة ثم تصدر قرارها بإزالة أو تصحيح هذه الأعمال .

وحيث أن البين من ظاهر الأوراق أن المدعين خالفا الشروط التى صدر على أساسها الترخيص وقاما ببناء أدوار أخرى دون الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وبالمخالفة للإرتفاع المقرر قانوناً فقامت الجهة الإدارية بتحرير محاضر مخالفة وأصدرت قرارات بوقف الأعمال المخالفة ثم قرارات بإزالتها فمن ثم تكون القرارات الإدارية قائمة على أسبابها المبررة لها متفقة وصحيح حكم القانون وينتفى بذلك ركن الجدية فى طلب وقف تنفيذها ويتعين الحكم برفضه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف تنفيذ القرارات المطعون فيها وألزمت المدعين المصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانونى فى طلب الإلغاء .

(الدعوى رقم ٧٤٧٣ لسنة ٤٧ ق .)

(٩)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٦/٢

طلب المدعية الحكم بوقف تنفيذ والغاء قرار حى مدينة نصر استناداً إلى اقامتها لافتة فى صدر محل تملكه إلا أنها فوجئت بالحى يزيل هذه اللافتة ، وفور حدوث ذلك تقدمت بطلب للترخيص لها وقد استوفت جميع الاشتراطات ألا أن بعض الاشخاص أعاقوا الترخيص لها مما دعاها للتظلم للمحافظ الذى أحال هذا التظلم للادارة القانونية .

وحيث أنه عن طلب وقف التنفيذ فإن اجابة هذا الطلب منوطة طبقاً لحكم المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بتوافر ركنين :

أولهما : ركن الجدية بأن يقوم الطلب على أسباب جدية يرجح معها إلغاء القرار المطعون فيه موضوعاً .

وثانيهما : ركن الاستعجال بان يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه نتائج يتعذر تداركها .

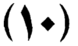
وحيث أن البادى من ظاهر الاوراق أن المدعيه اقامت اللافتة موضوع قرار الازالة المطعون فيه دون الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية ولا صحة لما ادعت من صدور قرار قبل هذا الترخيص ذلك انها تستند فى ذلك إلى تأشيره رئيس الحى على مذكرة إدارة الشئون القانونية وبالاطلاع على تلك المذكرة يبين أنها خلصت إلى جواز الترخيص للمدعية فى اقامة اللافتة وانه لا يمانع من السير فى اجراءات الترخيص وفقاً لاحكام القانون .

وقد تأشر على هذه المذكرة من رئيس الحى بعبارة أوافق فى ضوء التعليمات ويبدو من ذلك ان غاية ما يترتب على هذه المذكرة والتأشيرة هو البدء فى اتخاذ اجراءات الترخيص وانها لا تخشى صدور ترخيص فعلاً وبالتالى كان يتعين على المدعية السير فى اجراءات الترخيص اذ الطعن على القرار السلبى بالامتناع عن اصداره .

فلهذه الاسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه والزام المدعية المصروفات وأمرت باحالة الدعوى إلى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها واعداد تقرير بالرأى القانونى فيها .

(الطعن رقم ٧٣٣٥ لسنة ٤٧ ق)



(١٠)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات
جلسة الثلاثاء
١٩٩٤/٦/٢٨

إختصاص النقابة العامة للمحامين بالفصل فى تشكيل مجالس النقابات الفرعية - وهو فى ذات الوقت يخرج عن نطاق إختصاص مجلس الدولة بنظره .

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار الجمعية العمومية لنقابة المحامين الفرعية بإنتخاب مجلس نقابة فرعى جديد وإعتباره كأن لم يكن التزام محاكم مجلس الدولة بالفصل فى الدعاوى المحالة اليها من جهة قضائية أخرى طبقاً لنص المادة ١١٠ من قانون المرافعات ولو كانت تخرج عن الإختصاص الولائى المحدد قانوناً لمحاكم مجلس الدولة إلا أن هذه المحكمة ترى أنه يشترط أن يدور الإختصاص فى تلك الجهات القضائية أى أن ينحصر التنازع فى الإختصاص فيما بين جهتى القضاء العادى والإدارى باعتبارهما فرعين لسلطة قضائية واحدة بما يمكن معه النظر فى تغليب المصلحة على قواعد الإختصاص ويجعل التضمين بهذه القواعد أمراً قليل الخطر إذ ماقورن بمقدار النفع والمصلحة فى تقريب العدالة للمتقاضين .

إنعقاد الإختصاص لمجلس النقابة العامة - وحده دون غيره - بالنظر فى تشكيل مجالس النقابات الفرعية .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم إختصاص محاكم مجلس الدولة ولائياً بنظر الدعوى وأمرت بإحالتها بحالتها إلى مجلس نقابة المحامين العامة للاختصاص بنظرها .

(الدعوى رقم ٢٩٧٠ لسنة ١ ق طنطا)

(١١)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/١١

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ والغاء القرار الصادر من المجلس الأعلى للنقابة المدعى عليها فيما تضمنه من إسقاط عضويته وشطب قيده من النقابة وما يترتب على ذلك من آثار .

وكان المدعى قد أقام دعواه استناداً إلى أنه عضو بنقابة التطبيقيين منذ فترة ليست قصيرة وأنه كان مسدداً لإشتراكات النقابة وقد نسب اليه افتقاده للتعليمات الصادرة بشأن المصايف فى شأن عدم التجول داخل المصيف والتقشف فى إستعمال المياه العذبة ومراعاه اللياقة داخل المعسكر ومناقشة التعليمات بطريقة مخالفة للروح النقابية ... الخ .

وحيث أنه عن طلب وقف التنفيذ فإن أحكام القضاء الإدارى جرت على أنه وفقاً لنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٧ لسنة ٧٢ بشأن مجلس الدولة فإنه يشترط لوقف تنفيذ القرار الإدارى توافر ركنين :

أولهما : ركن الجدية بأن يكون إدعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر على أسباب يرجح معها إلغاء القرار .

وثانيهما : ركن الإستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

وحيث أنه عن ركن الجدية فإن البين من نصوص القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٤ بشأن نقابة المهن الفنية التطبيقية أنه لا يجوز محاكمة عضو النقابة تأديبياً أمام المجالس التأديبية المنصوص عليها فى القانون سالف الذكر من العاملين بالجهاز الإدارى للدولة والقطاع العام والهيئات العامة والوحدات التابعة لها إلا فيما يقع عنه من أعمال بسبب مزاولة المهنة خارج أعمال وظائفهم وأنه لا يجوز لعضو النقابة اتخاذ أية إجراءات قضائية ضد عضو آخر بسبب عمل من أعمال المهنة إلا بعد الحصول على إذن كتابى من مجلس النقابة أو النقيب فى حالة الإستعجال فإذا لم يصدر الإذن من أى من الجهتين سالفتى الذكر فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب بالإذن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول جاز للعضو إتخاذ

هذه الإجراءات دون إنتظار إذن النقابة على أن تسمع أقواله أمام لجنة التحقيق وحيث أن البين من ظاهر الأوراق أن المجلس الأعلى للنقابة أصدر قراره المطعون عليه باسقاط عضوية المدعى وشطب قيده دون مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانوناً .

وحيث أن القرار المطعون فيه لم يراع الأصول الواجب مراعاتها بشأن المحاكمات التأديبية كما أن مانسبته النقابة للمدعى من مخالفته لنص المادة ٦٤ من القانون سالف الذكر قد ثبت عدم صحتها ، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه قد صدر مخالفاً للقانون مما يرجح الغاؤه عند الفصل فى طلب الالغاء ويتوافر بذلك ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت النقابة المدعى عليها المصروفات وأمرت باحالة الدعوى الى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانونى فى طلب الالغاء .

(الدعوى رقم ٤٧/٦٢٧٩ ق)

(١٢)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/١١

طلب الحكم بوقف تنفيذ قرار الايقاف رقم ١٦ لسنة ١٩٩٣ وكذلك قرار الإزالة رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٣ الصادر بناء عليه ومع مايترتب على ذلك من آثار .

وحيث أنه عن شكل الدعوى فإن الأوراق قد خلت مما يفيد تاريخ علم المدعى بالقرارين المطعون فيهما وبمرور أكثر من ستين يوماً على هذا العلم قبل رفع دعواه الماثلة فمن ثم تكون الدعوى قد أقيمت فى المواعيد القانونية إذا استوفت أوضاعها الشكلية فهى مقبولة شكلاً .

وحيث أن مفاد نصوص المواد الرابعة والخامسة عشر والسادسة عشر من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء المعدل بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ أن المشرع حظر إنشاء مبان أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعليتها أو تعديلها أو غير ذلك من أعمال البناء الواردة فى هذا الشأن إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وفى حالة المخالفة تتخذ الجهة الإدارية إجراءات وقف الأعمال المخالفة ثم تصدر قرارها بإزالة أو تصحيح هذه الأعمال وذلك وفقاً لنصوص القانون .

وحيث أنه بتطبيق ما تقدم على واقعات الدعوى الماثلة فإن البادى من الأوراق أن المدعى قد قام ببناء الدورين الثامن والتاسع فوق الأرض بالعقار المملوك له بدون الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة وبالمخالفة للقانون السالف بيانه ، فقامت الجهة الإدارية بتحرير محاضر المخالفة بشأن هذه الأعمال .

وقد أصدر نائب المحافظ للمنطقة الشرقية قراره الرقيم ٢٥ لسنة ١٩٩٣ بإزالتها بناء على التفويض الصادر له من المحافظ وبعد العرض على اللجنة الثلاثية ومن ثم يكون قرارا وقف الإزالة المطعون فيهما قائمين على أسبابهما المبررة لهما متفقين وصحيح حكم القانون الأمر الذى ينتفى معه ركن الجدية فى طلب وقف تنفيذها ويتعين الحكم برفضه دون ما حاجة لبحث ركن الاستعجال .

(الدعوى رقم ٦٠٦١ لسنة ٤٧ ق)

(١٣)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/١٨

طلب المدعيان الحكم بقبول الدعوى شكلاً وفى الموضوع بالغاء القرار المطعون فيه فيما تضمنه من فرض مقابل تحسين على عقارهما .

وحيث أن البحث فى الإختصاص بنظر الدعوى سابق على النظر فى شكلها وبحث موضوعها .

وحيث أن البين من ظروف الدعوى وملابساتها أنه لابد وأن تصدر لجنة الفصل فى طعون تقدير مقابل التحسين المشكلة طبقاً للمادة الثانية من قانون مقابل التحسين رقم ٢٦٢ لسنة ١٩٥٥ من قرارات قضائية نهائية لا تعتبر من قبل القرارات الإدارية بالمعنى الصحيح لها وبالتالى لا تختص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم إختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وألزمت المدعيان المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٠٦٧ لسنة ٤٣ ق)

(١٤)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/١٨

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار رقم ٨٥ لسنة ١٩٩٠ الصادر من رئيس هيئة الأوقاف المصرية بإزالة التعدى الواقع منه على الشقة محل النزاع مع مايترتب على ذلك من آثار وحيث أن المقصود بالتعدى الذى أجازت المادة ٩٧٠ مدنى قرارات إزالته بطريق التنفيذ المباشر هو العدوان المادى على أموال الدولة الذى يتجرد من أى أساس قانونى يستند إليه أما إذا تمثل الأمر فى إدعاء بحق قانونى على مال من أموال الدولة وكان لهذا الإدعاء الظاهر من الأسباب والأسانيد القانونية وبحثت جهة الإدارة هذا الحق فأنكرته فإنها تكون والحال هذه أمام نزاع قانونى بين الإدارة وأصحاب الشأن حول حق من الحقوق .

وحيث أنه لما كان وكان الظاهر من الأوراق أن ورثة المستأجر الأصلى لشقة النزاع تنازل عنها للمدعى الذى تقدم بطلب للهيئة المدعى عليها يلتمس فيه تطبيق المادة ٢٠ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر حالة التنازل من حقه الإنتقال بالوحدة السكنية إلا أن الهيئة رفضت ذلك لأن المدعى لم يقدم تنازلاً موثقاً بالشهر العقارى من المستأجر الأصلى الأمر الذى يبين فيه أن النزاع تحكمه نصوص قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، ومن ثم كان يتعين على الهيئة المدعى عليها الالتجاء إلى القضاء المختص لحسمها ذلك النزاع باستصدار الحكم مقابل

التنفيذ فى هذا الشأن مما يجعل القرار المطعون عليه بحسب الظاهر فيه باطلا لمخالفة أحكام القانون .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلا - بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت الهيئة المدعى عليها المصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانونى فى طلب الإلغاء .

(الدعوى رقم ٢٩١ لسنة ٤٧ ق)

(١٥)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/١٨

طلب المدعى الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار رقم ٥٣ لسنة ١٩٩٣ الصادر بإزالة الجزء المنقطع من منور العقار المشار إليه وفى الموضوع بالغائه وإلزام المدعى عليه المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة .

وحيث أن مفاد نصوص المواد الرابعة والحادية عشر والخامسة عشر والسادسة عشر من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ والمعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٣ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء على أن المشرع قد حظر إنشاء مبانى أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعليتها أو تعديلها أو غير ذلك من أعمال البناء إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وفى حالة المخالفة تتخذ الجهة الإدارية إجراءات وقف الأعمال ثم يصدر قرارها بإزالة أو تصحيح الأعمال المخالفة وأوجب المشرع أن يتم تنفيذ البناء أو الأعمال طبقاً للأصول الفنية ووفقاً للبيانات والمستندات التى يصدر على أساسها الترخيص بالبناء .

وحيث أن البادى من الأوراق بحسب الظاهر منها أن الشركة المدعية قد قامت بمخالفة الترخيص الصادر للعقار وبدون الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة باستقطاع جزء من منور العقار موضوع الدعوى . وضمها إلى مكاتبها وكذلك باستقطاع جزء من الطرقات بالدور الثانى وبتشغيل غرفة المصاعد بالمخالفة للقانون المشار إليه ، فقامت الجهة الإدارية بتحرير محضر بالمخالفة السابقة ثم أصدرت قراراً بوقف الأعمال المخالفة ، ومن ثم فإذا ما أصدرت قرارها بإزالة هذه الأعمال فإن قرارها المطعون فيه يكون قائماً على سببه المبرر له متفقاً وصحيح حكم القانون وينتفى بذلك ركن الجدية فى طلب وقف تنفيذه ويتعين الحكم برفضه دون ماحاجة لبحث ركن الإستعجال لعدم جدواه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف التنفيذ للقرار المطعون فيه وألزمت المدعى المصروفات .

(الدعوى رقم ٤١٧١ لسنة ٤٧ ق)

(١٦)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/١٨

طلب المدعين الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار رئيس مركز مدينة الفيوم رقم ١٢٦ لسنة ١٩٩٢ .

وفى الموضوع بالغاء هذا القرار وبإلزام الجهة الإدارية المصروفات .

وحيث أن المستفاد من نصوص المواد الأولى والثانية والثالثة عشر من القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٥٦ فى شأن إشغال الطرق العامة تقضى بأن المشرع قد حظر بغير ترخيص من السلطة المختصة إشغال الطريق العام فى اتجاه أفقى أو رأسى أجاز للسلطة المختصة فى حالة المخالفة سلطة إزالة الإشغال بالطريق الإدارى .

وحيث أن البادى من الأوراق أن ورثة المرحوم فهمى خليل أقاموا الدعوى رقم ٢٦٣ لسنة ١٩٩٣ مدنى كلي الفيوم بطلب الحكم باثبات ملكيتهم بحصة شائعة قدرها الثلثين من كامل الميراث الفاصلة بين العمارات الأربعة المقامة على قطعة الأرض المشتراة بالعقد المسجل برقم ١٩٨٩ فصدر حكم تمهيدى بندب مكتب خبراء وزارة العدل لبيان مساحتها والمالك لها .

وقد إنتهى الخبير إلى أن الميراث مملوكة جميعها على الشيوع لورثة المدعى وأن الممر الذى يفصل بين العمارتين بعرض الشارع وقد تنازل المدعى عليه الثالث للمنفعة العامة عند استصداره ترخيص البناء رقم ١٢٦ لسنة ٨٤ لإقامة العمارة الرابعة المستحدثة .

وإذا كان ذلك وكان القرار الصادر بإزالة القرار المطعون فيه غير مقام بالممر محل التنازل الصادر من المدعى عليه الثالث وإنما أقيم بالممر الفاصل بين عمارة الإصلاح الزراعى وبين العمارة الرابعة المستحدثة الأمر الذى أقر به الخصم المتدخل صراحة .

وحيث أنه ترتيباً على ما تقدم يكون ركن الجدية قد توافر فى طلب وقف التنفيذ فى القرار المطعون فيه أما عن ركن الإستعجال فهو متوافر أيضاً بالنظر إلى طبيعة الدعوى من يتعين معه الحكم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه والزام الجهة الإدارية والخصم المتدخل المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٢٣٦ لسنة ٤٧ ق)

(١٧)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/١٨

طلب المدعون الحكم بوقف تنفيذ والغاء قرار المنفعة العامة رقم ٢١٤ لسنة ١٩٨٦ الصادر من وزير التعمير والمجتمعات الجديدة مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أن البين من مطالعة القرار المطعون فيه يبين أنه صدر بشأن تقرير المنفعة العامة لمشروع الطريق الدائرى حول القاهرة الكبرى .

ولما كان طلب المدعين إلغاء قرار المنفعة العامة المطعون فيه تنطوى عليه طلب السقوط وما إقترن به وقف التنفيذ مع مايترتب على ذلك من آثار ، ويستهدف المدعون من ورائها تقرير سقوط القرار المقرر للمنفعة العامة لعدم إنتقال الملكية بايداع

نماذج على الطلب أو قرار نزعها لعدم تنفيذ المشروع خلال سنتين من تاريخ نشره بالوقائع المصرية ويجوز لصاحب الشأن التمسك به دون تقيد بمواعيد دعوى الإلغاء .

وحيث أن مؤدى تقرير المنفعة العامة إنما يشكل ركن السبب فى القرار الوزارى بنزع الملكية للمنفعة العامة وكان من شأن عدم الايداع وعدم قيام جهة الإدارة تنفيذ المشروع المطلوب نزع ملكية العقارات من أجله أو البدء فى تنفيذه سقوط قرار تقرير المنفعة العامة ، كما أن المشرع استثنى دخول العقارات المطلوب نزع ملكيتها فى مشروعات تم تنفيذها أو على الأقل بدعوى تنفيذها .

وحيث أنه لما كان ما سبق وكان الظاهر بحسب الأوراق المرفقة أن القرار المطعون فيه قد تم نشره بالوقائع المصرية بالعدد رقم ٢٤٤ فى ١٩٨٦/١٠/٢٩ ومن ثم فان مدة الستين يوماً المقررة لسقوطه تبدأ من هذا التاريخ وتنتهى فى ١٩٨٨/١٠/٢٨ فى ظل العمل بأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ وإذا كان ذلك وكان البادى من ظاهر الأوراق ومن المذكرة الإيضاحية المرافقة له أن الشركات المكلفة قد بدأت تنفيذ مشروع الطريق الدائرى حول القاهرة الكبرى فى المواقع المملوكة للدولة وذلك قبل صدور قرار المنفعة العامة .

وحيث أنه وقد انتفى ركن الجدية فى طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه فإنه يتعين القضاء برفضه دون حاجة لبحث ركن الإستعجال لعدم جدواه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت المدعين بالمصروفات وأمرت بإحالة الدعوى الى هيئة مفوضى الدولة .

(الدعوى رقم ٢٠٦٧ لسنة ٤٨ ق)

(١٨)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة منازعات الأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/٢٥

حيث أن المدعين يهدفون إلى طلب الحكم بوقف تنفيذ ثم إلغاء القرار المطعون فيه والصادر من محافظ الجيزة والمتضمن إلغاء قرار المحافظ بتعديل الشارع التخطيطى الصادر بالقرار رقم ٤٠١ لسنة ١٩٨٢ واستمرار العمل بالقرار الأخير مع مايترتب على ذلك من آثار .

وحيث أن الظاهر من الأوراق صدور قرار محافظ الجيزة باعتماد ضوابط التنظيم لبعض الشوارع بمنطقة الهرم وأنه نظراً لمرور شارع تخطيطى بأرض المدعى طبقاً لهذا القرار فقد تقدم بطلب لترحيل الشارع إلى منتصف الأراضى ثم صدر قرار المحافظ بتعديل خط التنظيم للشارع التخطيطى بمرور ٢٠م .

وحيث أن حسم النزاع بين المدعين والجهة الإدارية فى الدعوى الماثلة على ضوء المستندات المقدمة من طرفى الخصومة تتطلب الإحالة إلى خبير متخصص الإنتقال إلى الأرض موضوع المنازعة ومعاينتها على الطبيعة وبيان ما إذا كان موقع الشارع التخطيطى الصادر به كل من القرار رقم ١٩٨٢/٤٠١ والقرار رقم ١٩٩٢/٢١٢٥ يدخل فى ملكية المدعى الخامس أو فى ملكية مواطنين آخرين وذلك من واقع الخرائط المساحية والتأكد من مساحة الأرض التى يمتكلها المدعى الخامس وذلك من واقع ما يقدم اليه من مستندات .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة تمهيدياً بإحالة الدعوى إلى مكتب خبراء وزارة العدل بالجيزة ليندب أحد خبرائه المختصين لتأدية المأمورية المبينة بهذا الحكم وصرحت له فى سبيل ذلك بالإنتقال إلى أية جهة يرى ضرورة الانتقال إليها والإطلاع على الأوراق التى يرى ضرورة الإطلاع عليها .

(الدعوى رقم ٤٨٩٧ لسنة ٤٨ ق)

(١٩)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة المنازعات والأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/٢٥

حيث أن حقيقة طلبات المدعى بحسب الثابت من الأوراق هى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من المدعى عليه الأول بتاريخ ١٩٩٤/٤/٥ فيما تضمنه من تصعيد الدكتور محمد محمد شوقى بركات لعضوية مجلس النقابة الفرعية بالغربية حتى مارس ١٩٩٦ بدلا من الدكتور عبد الفتاح مرزوق وما يترتب على ذلك من آثار مع إلزام المدعى عليها بالمصروفات .

وحيث أنه عن الدفع المبدى من النقابة المدعى عليها البطلان إعادة إعلانها فالبين من مراجعة الإعلان أنه تم إعلان النقابة فى مواجهة النيابة العامة لامتناع الموظف المختص عن إستلام الإعلان وذلك على نحو ما تم بالنسبة لإعلان صحيفة الدعوى عندما إمتنع عن إستلام صورة منها وتم إعلان النقابة فى مواجهة النيابة العامة ومن ثم يكون إعلان صحيفة الدعوى وإعادة إعلان النقابة المدعى عليها قد تم وفق صحيح القانون ويتعين رفض هذا الدفع لعدم قيامه على أساس صحيح من القانون .

وحيث أنه عند طلب وقف التنفيذ فإن أحكام القضاء الإدارى قد جرت على أنه وفقاً لنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة فإنه يشترط الوقف تنفيذ القرار الإدارى توافر ركنين أولهما ركن الجدية بأن يكون إدعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر على أسباب يرجح معها إلغاء القرار وثانيهما ركن الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

وحيث أن المشرع قد حدد كيفية تشكيل مجلس النقابة العامة وكذا مجالس النقابات الفرعية وبين كيفية شغل مركز النقيب أو عضو مجلس النقابة العامة . حالة خلو منصب أيهما ، الأمر الذى يستفاد منه أنه أراد أن يوضح ماتنص عليه المادة ٣٢ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦١ بشأن نقابة أطباء الأسنان .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن الدكتور عبد الفتاح مرزوق كان قد فاز بالتزكية لعضوية مجلس النقابة الفرعية بالغربية وبتاريخ ١٩٩٢/١٢/١٢ قدم استقالته من عضوية مجلس النقابة وقد قبلت النقابة استقالته ومن ثم فإنه إعمالا لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦١ سالف الذكر كان يتعين على المدعى عليها الإعلان عن فتح باب الترشيح بالنقابة الفرعية بالغربية لشغل المركز الذى خلا بإستقالة الدكتور عبد الفتاح مرزوق وليس شغله بتصعيد الدكتور محمد محمد شوقى بركات حسبما فعلت ذلك النقابة العامة بإصدارها القرار المطعون فيه الأمر الذى بنى عليه أن يصبح القرار المطعون فيه والحالة هذه قد صدر مخالفاً للقانون مرجحاً الغاؤه عند الفصل فى طلب الإلغاء ويتوافر بذلك ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدفع وبطلان إعلان صحيفة الدعوى وإعادة إعلانها وبقبول الدعوى وبوقف تنفيذ القرار المطعون فيه .

(الدعوى رقم ٥١٢٥ لسنة ٤٨ ق)



محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/٢٥

حيث أن المدعى يطلب الحكم بوقف تنفيذ والغاء القرار الصادر من إتحاد الصناعات المصرية فيما تضمنه من إعلان فوز المدعى عليه الثالث بعضوية مجلس إدارة غرفة الصناعات الهندسية فى الانتخابات التى أجريت فى ١٩٩٣/٥/٢٧ وما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أنه عن الدفع المبدى من اتحاد الصناعات المصرية ببطلان صحيفة الادخال التى تقدم بها المدعى والمعلنة للاتحاد في ١٩٩٤/٧/٥ فإنه بالرجوع إلى هذه الصحيفة تبين أنها قد انطرت على مضمون الطلبات الواردة بصحيفة الدعوى وأنها قد سلمت إلى إتحاد الصناعات المصرية فى مقره القانونى ، وقد اعترف المدعى نفسه من خلال المذكرة التى تقدم بها بأن صحيفة الادخال قد أعلنت للاتحاد فى مقره القانونى وأبدى دفاعه الموضوعى فى الدعوى فمن ثم تكون الغاية من الإجراء قد تحققت ولا ينال من ذلك الإضافة (كلمة الهندسية) إلى رئيس إتحاد الصناعات لأنها وردت على سبيل التزيد مما يتعين معه رفض الدفع ببطلان صحيفة إدخال رئيس إتحاد غرف الصناعات لقيامه على غير أساس من القانون .

وحيث أنه عن الدفع المبدى من هيئة قضايا الدولة بعدم قبول الدعوى بالنسبة للمدعى عليه الأول فإنه لما كان القرار المطعون فيه صادراً من إتحاد الصناعات المصرية ولإعلانه للمدعى عليه الأول بهذا القرار فمن ثم تكون الدعوى مرفوعة على غير ذى صفة بالنسبة له ويتعين القضاء بإخراجه منها بغير مصروفات .

وحيث أنه عن الدفع المبدى من إتحاد الصناعات بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد فالثابت أن المدعى قرر فى صحيفة دعواه أن الإنتخابات أجريت فى ١٩٩٣/٥/٢٧ ولم ينكر ذلك ممثل الإتحاد فى مذكرة دفاعه وأن المدعى أقام دعواه فى ١٩٩٣/٧/٢٥ فيكون قد رفضت فى ميعاد الستين يوماً المنصوص عليها فى المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة وإذ استوفت الإجراءات والأشكال المقررة فى القانون فتكون مقبولة شكلاً .

وحيث أنه عن ركن الجدية فإن المادة ٢٨ من القانون رقم ١٩٥٨/٢٢ بشأن تنظيم الصناعة وتشجيعها فى الإقليم المصرى تنص على أن تشكل الهيئات الآتية بقرار من رئيس الجمهورية :

١- الغرف الصناعية .

٢- المجالس الأقليمية للصناعة .

٣- إتحاد الصناعات ويكون لهذه الهيئات الشخصية الإعتبارية وتعتبر من المؤسسات العامة .

وحيث أن المشرع إعتبر الغرف الصناعية وكذا إتحاد الصناعات من الأشخاص الإعتبارية العامة ونظم القرار الجمهورى رقم ١٩٥٨/٤٥٣ . الإجراءات الواجب إتباعها لانتخاب أعضاء مجالس إدارة هذه الغرف .

وحيث أن البين من ظاهر الأوراق أن المدعى نسب إلى القرار المطعون فيه عدة مطاعن وقد جاءت كلها مرسلة ولم يقيم المدعى الدليل على صحتها كما أن ممثل الإتحاد المدعى عليه نفى صحتها ومن ثم فإن هذه المطاعن لا تصلح سببا لإلغاء القرار المطعون فيه عند الفصل فى طلب الإلغاء ويتخلف بذلك ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة أولا: - بإخراج المدعى عليه الأول من الدعوى بغير مصروفات . ثانياً بقبول الدعوى شكلاً بالنسبة لباقى المدعى عليهم وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت المدعى المصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانونى وطلب الإلغاء .

(الدعوى رقم ٧٣٥٦ لسنة ٤٧ ق)

(٢١)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الافراد والمنازعات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/٢٥

حيث أن المدعى يستهدف بدعواه الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار رئيس المجلس الأعلى للشباب والرياضة رقم ٢ لسنة ١٩٩٤ الصادر بإعتماد تشكيل مجلس إدارة نادى الشمس الرياضى وفى الموضوع بإلغاء هذا القرار مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أنه من المقرر أن تكييف الدعوى إنما هو من تعريف المحكمة إذ عليها بحالها من هيمنة على تكييف الخصوم لطلباتهم أن تقضى هذه الطلبات وأن تستظهر مراميها وما قصد من إبدائها وأن تعطى الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح على هدى ماتستنبطه من واقع الحال فيها وملابساتها وذلك دون أن تتقيد فى هذا الصدد بتكييف الخصوم لها وانما بحكم القانون فحسب .

ومن حيث أن قرار رئيس المجلس الأعلى للشباب والرياضة رقم ٢ لسنة ١٩٩٤ لا يعدو من التكيف القانونى السليم أن يكون قراراً كاشفاً عن إرادة الجمعية العمومية لنادى الشمس الرياضى التى عبرت عنها فى انتخابات مجلس الإدارة التى أجريت بتاريخ ١٩٩٣/١٢/١٠ وهو ما أقر به المجلس الأعلى للشباب والرياضة حسبما هو ثابت بالمستند المودع صورته بحافظة مستندات المدعى وبذلك لا تتوافر للقرار المطعون فيه مقومات وخصائص القرار الإدارى إذ لابد لتعطى وصف القرار الإدارى أن تتجه فيه الإدارة أثناء قيامها بوظائفها الإفصاح عن إرادتها الذاتية بحالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح فى الشكل الذى يتطلبه القانون بقصد إحداث أثر قانونى معين وكان ذلك متفقاً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة .

ومن ثم فإن هذا الوصف لا يتوافر للقرار سالف الذكر بالإضافة إلى أن المشرع فى قانون الهيئات الخاضعة للشباب والرياضة لم يخول الجهة الإدارية أى اختصاص بشأن إعلان أو أعتماد نتيجة انتخابات مجالس إدارة الأندية الرياضية الخاضعة لأحكام هذا القانون ، ومن ناحية أخرى فإنه لا محل للقول بأن الخصومة فى الدعوى الماثلة تنصب على القرار السلبى بامتناع الجهة الادارية عن ممارسة دورها فى الاشراف

والرقابة على قرار الجمعية العمومية لنادى الشمس الرياضى باعلان نتيجة الانتخابات للتحقق من مدى مطابقتها للقانون . ذلك أن المدعى لم يشر إلى شىء من ذلك فى عريضة دعواه أو فى طلباته فيها كما لم يثبت تقدمه بتظلم الى الجهة الإدارية حتى يمكن القول بأنه أقام دعواه بغية الطعن على قرارها السلبى بالامتناع عن إعلان بطلان نتيجة الانتخابات بعد أن دعا الى التدخل بتقديم التظلم ، وتبعاً لذلك فإن الدعوى لا تكون قد انصبت على قرار إدارى إيجابى أو سلبى .

وحيث أنه لما كانت الدعوى الماثلة تنصب على قرار الجمعية العمومية لنادى الشمس الرياضى بإعلان نتيجة انتخابات مجلس الإدارة التى تمت بتاريخ ١٠/١٢/١٩٩٢ فمن ثم ينعقد الاختصاص بنظرها إلى جهة القضاء العادى بإعتبارها الجهة القضائية ذات الولاية العامة فى غير المنازعات الإدارية طبقاً لنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ مما يتعين معه الحكم بعدم إختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى وإحالتها بحالتها إلى محكمة شمال القاهرة للاختصاص مع إبقاء الفصل فى المصروفات ريثما يصدر حكم منه للخصومة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم إختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وأمرت بإحالتها بحالها إلى محكمة شمال القاهرة الإبتدائية للإختصاص بنظرها .

(الدعوى رقم ٢٠٢٢ لسنة ٤٨ ق) .

(٢٢)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والهيئات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/٢٥

حيث أن المدعية أقامت هذه الدعوى إبتغاء إلغاء القرار الصادر من مجلس المراجعة بتحديد القيمة الإيجارية لشقة المدعية بمبلغ ٢٥٠ جنيها شهرياً وربط الضريبة عليها على أساس تلك القيمة .

وحيث أنه عن موضوع الدعوى فان نص المادة ١١ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة الايجارية بين المؤجر والمستأجر تنص على أنه فيما عدا المبانى من المستوى الفاخر يسرى إعتباراً من أول يناير الثانى لتاريخ العمل به بهذا القانون مالكوها وشاغلوها لتلك المبانى المؤجرة لأغراض السكنى التى أنشئت أو تنشأ إعتباراً من ٩ سبتمبر سنة ١٩٧٧ من جميع الضرائب العقارية الأصلية ... الخ .

وحيث أن الثابت من مطالعة ترخيص العقار والذى تقع به الشقة محل النزاع أنه تقرر على أساس أن المبانى من المستوى فوق المتوسط ولم تقدم الجهة الإدارية مايثبت أن التنفيذ على خلاف الواقع وعلى خلاف ماجاء بالترخيص على أساس المستوى الفاخر وإذ كان ذلك فمن ثم يكون السبب الذى بنى عليه القرار غير مستخلص إستخلاصاً سائغاً من الأوراق مما يجعل النعى عليه فى محله .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبإلغاء القرار المطعون فيه مع مايترتب على ذلك من آثار .

(الدعوى رقم ١٤٠١/٤٤ ق) .

(٢٣)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/٢٥

وحيث أن المدعى يهدف من وراء دعواه إلى التماس إعادة النظر فى الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى الرقيمة ١٣٩٠ لسنة ٣٩ ق . بجلسة ١٩٨٨/٦/٩ .

وحيث أن صحيفة الدعوى قد انطوت على طلب الحكم بقبول الإلتماس شكلاً وفى الموضوع برفض الدعوى المذكورة على سند من القول أن الدعوى سالفة الذكر قد أقيمت ابتغاء الحكم بوقف تنفيذ ثم إلغاء قرار وزير التموين رقم ٥٠٧ لسنة ١٩٨٤ بالاستيلاء على المخزن المملوك له ، وقد قضت المحكمة سالفة الذكر بإلغاء القرار المطعون فيه .

وحيث أن المدعى ينعى على الحكم سالف الذكر أنه لم يختصم فيه وإن الخصومة قد اقتصرت فيه على السيد وزير التموين فقط .

وحيث أن المستفاد من نص المادة ٢٤١ مرافعات أن المشرع إعتبرها طريق طعن غير عادى للأحكام الإنتهائية ومنها الحالة المنصوص عليها فى الفقرة الثامنة من المادة سالفة الذكر ومقتضاها أنه يجوز لمن صدر عليه حكم غير ممثلا فى الخصومة ، وإن لم يكن خصماً ظاهراً فيها ويشترط لقبول الالتماس فى هذه الحالة أن يثبت من كان يمثل الحالة توافر إهمال جسيم أو التواطؤ .

وحيث أن أوراق الدعوى قد خلت مما يفيد ثبوت تواطؤ أو ذلك الإهمال ومن ثم يتعين الحكم بعدم جواز نظر الالتماس وألزمت الملتمس المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٤٤٥ لسنة ٤٤ ق) .

(٢٤)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة العقود الإدارية والتعويضات
جلسة الأحد
١٩٩٥/١/١

إذا كان المدعى يطلب الحكم بإلزام المدعى عليهما متضامنين بأن يؤديا له مبلغ ٦١٥ر٢٠٠ جنيها والفوائد القانونية بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد .

وحيث أن الثابت بالأوراق أن المدعى عليه الأول قد تقدم بطلبه للالتحاق بالمعهد الفنى للقوات المسلحة وأقر فيه بأن يكون خاضعاً طوال مدة الدراسة للقوانين واللوائح النافذة والمعمول بها وقد حرر المدعى عليه الثانى بصفة والد المدعى عليه الأول تعهداً بذلك وقيامه بدفع التكاليف الفعلية والاعتبارية التى تكلفها المدعى عليه الأول وذلك فى حالة فصله من المعهد لأى سبب كان ، بالاضافة إلى اقراره أيضاً فى ذات التعهد بحق مجلس المعهد بفصل المدعى عليه الأول إذا قرر المجلس عدم الصلاحية للحياة العسكرية .

وحيث أنه بعد إنتظام المدعى عليه الأول بالمعهد فقد تغيب عن الدراسة مدة تجاوزت إحدى وعشرون يوماً وهى مدة الغياب القانونية فقرر مجلس إدارة المعهد فصله من المعهد وإلزامه بتكاليف التدريب والإعاشة .

وحيث أنه لما كان المبلغ المطالب به معلوم المقدار حال الأداء قد تأخر الوفاء به للمدعى بصفته فإنه تسرى عليه فائدة قانونية بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلا وفى الموضوع بإلزام المدعى عليهما متضامنين بأن يؤديا للمدعى بصفته مبلغاً مقداره ٢٠٠ر٦١٥ جنيها والفوائد القانونية لهذا المبلغ بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية الحاصلة فى ١٩٩٠/١١/٢٦ وحتى تمام السداد .

(الدعوى رقم ١٢١٢ لسنة ٤٥ ق)

(٢٥)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة العقود الإدارية والتعويضات
جلسة الأحد
١٩٩٥/١/١

طلب المدعى الحكم بقبول الدعوى شكلاً وفى الموضوع بإلزام الجهة الإدارية المدعى عليها بأن تؤدى له مبلغ عشرة الآف جنيه قيمة التعويض الجابر للضرر المادى والأدبى . والتى لحقت به من جراء قرار مجلس التأديب الصادر بفصله من الخدمة .

وحيث أنه من المقرر أن مناط مسئولية الجهة الإدارية تنصب أساساً على ما يصدر منها من قرارات إدارية غير مشروعة وعلى ذلك يتعين لتحقق مسئولية الجهة الإدارية من قرارها توافر القرار الإدارى غير المشروع وبالتالى يتعين للقول بمسئولية الجهة الإدارية وجود قرار إدارى صادر عنها ، ومن ثم فإنها لا تسأل عن الأعمال أو القرارات القضائية .

ومن المسلم به أن قرارات مجلس التأديب هى فى حقيقتها قرارات قضائية أشبه ماتكون بالأحكام ويسرى عليها مايسرى على الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية ومتى كان ذلك كذلك فإنه متى كان المدعى فى المطالبة بالتعويض عن القرار الصادر بفصله من الخدمة ، فإنه لا يدخل ضمن القرارات الإدارية التى تسأل عنها الإدارة حتى ثبت عدم مشروعيتها وبالتالى ينهار الركن الأساسى من أركان مسئولية الجهة الإدارية ومن ثم يتعين الحكم برفض الدعوى وإلزام المدعى المصروفات .

(الدعوى رقم ٥٦٢٤ لسنة ٤٤ ق)

(٢٦)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة العقود الإدارية والتعويضات
جلسة الأحد
١٩٩٥/١/١

حيث أن المدعى بطلب الحكم بإلزام المدعى عليهما بصفتهما متضامنين بأن يؤديا له التعويض المناسب عن الأضرار المادية والأدبية التى أصابته من جراء قرار إعتقاله ، وأنه ظل رهينة الحبس حتى قضى مدة العقوبة كاملة فى القضية التى حكم عليها بشأنها .

وحيث أن ماينعاه المدعى على ذلك القرار والذى يعد قراراً إدارياً يختص القضاء الإدارى وحده بالفصل فى طلب التعويض عنه مما يتعين معه الحكم بعدم سقوط الحق المطالب به بالتقادم .

وحيث أنه من المقرر أن مناط مسئولية الجهة الإدارية من قرارتها الإدارية هى توافر أركان المسئولية الإدارية ألا وهى الخطأ وبأن يكون القرار الإدارى غير مشروع وأن يحيق بصاحب الشأن ضرر وأن تتوافر رابطة السببية ما بين الخطأ والضرر .

وحيث ترتب على قرار اعتقال المدعى من المدة ١٩٥١/٧/٢٥ حتى ١٩٦٤/٤/٤ إصابته بأضرار مادية عملت على حرمانه من مصدر الكسب والتعايش طوال مدة إعتقاله وإصابته بأضرار أدبية تمثلت فى حرمانه وإمتهان كرامته وتعرضه للتعذيب والهوان .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الموضوع بإلزام المدعى عليها بصفتيهما متضامنين بأن يؤديا للمدعى مبلغاً مقداره عشرون ألف جنيها والمصروفات .

(الدعوى رقم ٧٤٨٠ لسنة ٤٤ ق)

(٢٧)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة العقود الإدارية والتعويضات
جلسة الأحد
١٩٩٥/١/١

طلب المدعى الحكم بإلزام المدعى عليه بسداد مبلغ وقدره ٧٧٢٤ جنيها والفوائد القانونية بواقع ٤٪ من تاريخ المطالبة القضائية والمصروفات شاملة أتعاب المحاماة .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن المدعى عليه قد التحق بكلية الشرطة بعد أن وقع تعهداً بالتزامه بخدمة وزارة الداخلية لمدة عشر سنوات على الأقل بعد تخرجه والإلتزم بدفع كافة النفقات عن المدة التى قضاها بالاكاديمية وبعد تخرجه انقطع عن العمل ثم أصدر السيد وزير الداخلية قراراً بإنهاء خدمته إعتباراً من تاريخ إنقطاعه عن العمل بغير إذن باعتباره مقدماً إستقالته .

وحيث أنه يبين أن المشرع قد ألزم خريجى كلية الشرطة وكلية الضباط المتخصصين بالعمل بخدمة هيئة الشرطة بعد التخرج مدة لا تقل عن عشر سنوات أوجب عليه فى حالة إخلاله بهذا الإلتزام رد ضعف نفقات الدراسة التى تكبدتها الأكاديمية .

ومفاد ماتقدم قيام إلتزام أصلى يقوم على عاتق خريجى كلية الشرطة خدمة هذه الهيئة لمدة لا تقل عن عشر سنوات بعد التخرج والتزام بديل محله أداء ضعف ماتكبدته الأكاديمية من نفقات طيلة مدة الدراسة ويحل الإلتزام البديل فور الاخلال بالإلتزام الأصيل .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الموضوع بإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعى بصفته مبلغاً مقداره ٧٧٢٤ جنيهاً والفوائد القانونية المقررة بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد .

(الدعوى رقم ٢٢٠٤ لسنة ٤٤ ق)

(٢٨)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة العقود والتعويضات
جلسة الأحد
١٩٩٥/١/٢٢

طلب المدعى الحكم بالزام المدعى عليهم بصفاتهم متضامنين بأن يؤدوا له مبلغ مائة وخمسين الف جنيه تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية التى لحقت به من جراء تصرف المدعى عليهم .

وحيث أنه من المقرر بقضاء المحكمة الإدارية العليا أن مسئولية الجهة الإدارية عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون إنما تنصب الى المصدر الخامس من مصادر الالتزام المنصوص عليها فى القانون المدنى وهو القانون بحسبان أن تلك القرارات من التصرفات القانونية وليست واقعات مادية وعلى ذلك تخضع تلك المسئولية للفصل العام المقرر فى المادة ٣٧٤ من القانون المدنى فتسقط دعوى التعويض عنها بمضى خمسة عشر سنة .

وحيث أنه من المقرر أن المطالبة القضائية التى تقطع التقادم هى المطالبة الصريحة الجازمة أمام القضاء بالحق المراد إقتضاؤه وأن قطع التقادم لا يتناول إلا الحق الذى اتخذ بشأنه الإجراء القاطع للتقادم وما التحق به من توابع مما يجب موجود به ويسقط بسقوطه وأنه فى مفهوم المادة ٣٨٣ من القانون المدنى فإن دفع الدعوى للمطالبة بأصل الحق يكفى لقطع التقادم حتى ولو دفعت إلى محكمة غير مختصة ولائياً أو نوعياً أو قيمياً ويظل التقادم منقطعا طوال نظر الدعوى فإذا قضى بعدم الإختصاص دون الإحالة إلى محكمة أخرى يسرى تقادم جديد يبدأ من صيرورة الحكم نهائياً أما إذا قضى برفض الدعوى أو بعدم قبولها أو بترك الخصومة فيها أو بأية صورة من صور القضاء فيستمر وكأن لم ينقطع التقادم الذى كان قد بدأ قبل رفع الدعوى .

وحيث أنه ترتيباً على ماتقدم فالثابت أن المدعى علم بقرارى انهاء خدمته وفصله بغير الطريق التأديبى بتاريخ ١٩٧٧/٨/١ ولم يقم دعواه الماثلة بطلب التعويض عنها إلا بتاريخ ١٩٩١/٨/٨ أى بعد أكثر من خمسة عشر عاماً ومن ثم تكون هذه الدعوى قد أقيمت بعد أن سقط الحق فى المطالبة بالتعويض ويغدو الدفع المبدى من الجهة الإدارية فى هذا الشأن قائما على سند من القانون متعيناً قبوله ولا يغير من ذلك أن المدعى أقام الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٣٤ ق أمام المحكمة الإدارية لوزارة المالية والتى قضى فيها بتاريخ ١٩٨٠/٣/٢٣ بإلغاء القرارين المشار إليهما ذلك أن من شأن هذا القضاء أن يمحو أثر الصحفية فتزول بالتالى أثر رفع الدعوى فى قطع التقادم ويستمر التقادم ويعتبر التقادم الذى كان قد بدأ قبل رفع الدعوى مازال سارياً لم ينقطع .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة :

أولاً : برفض الدفع بعدم إختصاصها نوعياً بنظر الدعوى وإختصاصها .

ثانياً : بعدم قبول الدعوى بالنسبة للمدعى عليه الثالث لرفعها على غير ذى صفة .

ثالثاً : بسقوط حق المدعى فى المطالبة بالتعويض بالتقادم وألزمته المصروفات .

(الدعوى رقم ٧٣٥٧ لسنة ٤٥ ق)

(٢٩)

محكمة القضاء الإدارى

دائرة العقود الادارية والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٥/١/٢٢

طلب المدعى الحكم بإلزام المدعى عليه بصفته بأن يدفع له تعويضاً قدره مليون جنيه والفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد والفوائد القانونية بواقع ٤٪ .

وحيث أنه عن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة فإن الثابت من الأوراق أنه سبق للمدعى أن أقام دعوى أمام القضاء الإدارى طالباً الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار وزارة الداخلية بمنع والده من دخول البلاد ، كما أقام والد المدعى دعوى أخرى بذات الطلبات ، وقضت المحكمة بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه .

وحيث أنه مفاد ما تقدم أن القرار المطعون فيه والذى تم الغاؤه إنما كان بأبعاد والد المدعى فقط وإذا كانت المحكمة قد فصلت فى الدعوى التى أقامها المدعى فالثابت من حيثيات الحكم الصادر فى تلك الدعوى أن قبول المحكمة لها كان نزولاً على الطبيعة الخاصة بدعوى الإلغاء والتى تندمج فيها الصفة فى المصلحة لتوافر الصفة فى المصلحة ولتوافر السند لها فإذا كانت هناك مصلحة شخصية مباشرة أو أدبية فى طلب إلغاء القرارات الإدارية سواء كان رافع الدعوى هو الشخص الذى صدر بشأنه القرار المطعون فيه .

وحيث أن طلبات المدعى فى الدعوى الماثلة تدخل فى نطاق الدعاوى المستوفية التى لا تتلازم فيها المصلحة والصفة ومتى كان ذلك وكان القرار الصادر بإبعاده ووالده قد خص والده شخصياً فمن ثم يكون هو صاحب الصفة فى المطالبة بالتعويض مما قد يكون اصابه من أضرار مادية وأدبية .

والثابت أن أساس مسئولية الإدارة التعويض عن القرار الإدارى غير المشروع ومتى كان الأمر كذلك فإن الدعوى تكون مقامة من غير ذى صفة ولا وجه لما أشاره المدعى من أن صفته قد ثبتت له بالحكم الصادر فى الدعوى التى حصل عليها من القضاء الإدارى إذ أن الثابت أن إثبات هذه الصفة تقتصر على النطاق الذى صدر الحكم فيه .

ومن حيث أنه ترتيباً على ماتقدم فإنه يتعين قبول الدفع المبدى من الحاضر عن الجهة الإدارية والحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة وألزمت المدعى المصروفات .

(الدعوى رقم ٦٢٤٢ لسنة ٤٤ ق)

(٣٠)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة العقود الإدارية والتعويضات
جلسة الأحد
١٩٩٥/١/٢٢

طلب المدعى الحكم بإلزام المدعى عليه بأن يؤدى له بصفته مبلغ وقدره ٤٠١ر١٦ جنيها .

وحيث أن البحث من اختصاص المحكمة من المسائل الأولية التى يجب عادة التصدى بها من تلقاء نفسها وإن لم يتمسك الخصوم به وذلك قبل البحث فى شكل الدعوى نظراً لتعلق قواعد الاختصاص أمام محاكم مجلس الدولة بالنظام العام .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن المدعى كان يشغل وظيفة معيد بقسم هندسة النظم والحاسبات بكلية الهندسة التابعة لجامعة الأزهر وهذه الوظيفة تعادل الدرجة الثالثة بالكادر العام ومن ثم فإن الاختصاص بنظر الدعوى الماثلة يكون معقوداً للمحكمة الإدارية المختصة مما يتعين معه الحكم بعدم إختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الإدارية لوزارات الصحة والأوقاف وشئون الأزهر بالقاهرة المختصة نوعياً ومحلياً وذلك عملاً بحكم المادة ١١٠ مرافعات .

وحيث أن الحكم بعدم الاختصاص غير منه للخصومة ومن ثم يتعين ابقاء الفصل فى المصروفات .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى وأمرت بإحالتها الى المحكمة الإدارية لوزارات الصحة والأوقاف وشئون الأزهر .

(الدعوى رقم ٤١٣٣ لسنة ٤٥ ق)

(٣١)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة المنازعات والأفراد والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/١/٣١

طلب المدعون وقف تنفيذ القرار الصادر من إدارة جامعة عين شمس باستبعادهم من الإقامة بالمدينة الجامعية العام الدراى ١٩٩٥/٩٤ .

وفى الموضوع إلغاء القرار الذى أصدره مجلس المدينة الجامعية الصادر باستبعادهم من الإقامة بالمدينة الجامعية مع مايترتب على ذلك من آثار .

ومن المقرر أن وقف تنفيذ القرار الإدارى يتطلب توافر ركنين :

أولهما : ركن الجدية بأن يكون القرار بحسب الظاهر من الأوراق مرجح الإلغاء

وثانيهما : ركن الاستعجال بأن يترتب على التنفيذ نتائج يتعذر تداركها .

عدم منازعة المدينة الجامعية عن تسكين المدعون بها أمر يجعل القرار الصادر منها قائم على أساس غير صحيح من القانون ، كما أن القول بأن عدم تسكينهم أمر راجع إلى أعمال التجديدات في المبنى المزمع تسكينهم به لا يصلح سبباً لحرمانهم من الإقامة بها أسوة بباقى زملائهم المستجدين معهم فى المراكز القانونية والذين يتم تسكينهم فى أماكن أخرى بالمدينة ، كما أنهم أصيبوا أيضاً بأضرار بالغة متمثلة فى عدم الاستقرار الانتظام فى المذاكرة وبذلك يتوافر ركن الاستعجال ويكون طلب وقف التنفيذ قائماً على أساس من من صحيح القانون متعيناً القضاء به .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلا وفى الطلب العاجل بوقف التنفيذ وإلزام الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ١٨٥ لسنة ٤٩ ق)

(٣٢)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة المنازعات والافراد والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/١/٣١

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلبى بامتناع الجامعة عن إحتساب تقديره العام فى درجة بكالوريوس التجارة على أساس مجموع درجاته فى السنة النهائية مع مايترتب على ذلك من آثار .

عدم علم المدعى بتقدير درجة البكالوريوس على أساس المجموع الكلى للدرجات لم يتحقق إلا عند إستخراج شهادة التخرج .

النص على حساب التقدير العام للطلاب فى درجة الليسانس أو البكالوريوس على أساس المجموع الكلى للدرجات التى حصلوا عليها فى كل السنوات الدراسية وترتيبهم وفقا لهذا المجموع .

اجتياز المدعى بنجاح إمتحان الفرقة الأولى بكلية التجارة فرع الخرطوم العام الجامعى ١٩٨٧/٨٦ وانتقاله تبعاً لذلك إلى الفرقة الثانية قبل تاريخ العمل بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٧٠ لسنة ١٩٨٩ ومن ثم لا يسرى بشأنه هذا القرار ويحسب تقدير درجاته فى البكالوريوس على أساس مجموع درجاته فى السنة النهائية فقط وإذا كان القرار المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون بحسب الظاهر من الأوراق مرجح الإلغاء ويتوافر لذلك ركن الجدية المتطلب لوقت التنفيذ .

ومن حيث أن إستمرار القرار المطعون فيه من شأنه الإضرار بالمستقبل العلمى للمدعى ومن ثم فيتوافر معه ركن الاستعجال من وقت تنفيذه .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الادارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٨٨٥٦ لسنة ٤٨ ق)

(٣٣)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/١/٣١

طلب المدعين الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من المعهد العالى للدراسات التعاونية والإدارية بسحب نتيجتهم مع ٦٣٠ طالب آخرين فى الصف الأول مع مايترتب على ذلك من آثار .

تقاعس المدعين عن تنفيذ قرار المحكمة أدى الى وقف الدعوى لمدة ثلاثة شهور بعد أن كلفتهم بتصحيح شكل الدعوى باختصام صاحب الصفة والذى يمثل المعهد العالى للدراسات التعاونية الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن يترتب عليه زوال الخصومة وزوال سائر إجراءاتها والآثار القانونية المترتبة على قيامها ويعود الخصوم الى الحالة التى كانوا عليها قبل رفع الدعوى ولا يمس ذلك أصل الحق المدعى ، فيجوز تجديد طلبه بدعوى أخرى مالم يسقط الحق بالتقادم وهو ذات الأمر الذى يترتب على ترك الخصومة فى الدعوى .

(الدعوى رقم ٢٨٠٤ لسنة ٤٨ ق)

(٣٤)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/١/٣١

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ الإجراءات المادية التى اتخذها المدعى عليهم بصفتهم لتحويل مدرسة عماد الإسلام الخاصة المملوكة له إلى مدرسة حكومية ومنع تعرضهم له فى النشاط حتى يفصل فى موضوع النزاع .

طلب وقف التنفيذ يقوم على ركنين أولهما ركن الجدية ومؤداه أن يبنى الطلب على أسباب جدية من شأنها ترجيح إلغاء القرار المطعون فيه وثانيهما ركن الاستعجال بأن يترتب على القرار المطعون فيه نتائج يتعذر تداركها .

عدم السماح للمدرسة الخاصة بمباشرتها لأى نشاط إلا بعد الحصول على الترخيص اللازم كذلك من الجهة المختصة ولا يجوز لها بعد الترخيص القيام بأى من

الأعمال الواردة فى المادة ٦١ من قانون التعليم والمادة ١٤ من قرار وزير التربية والتعليم إلا بعد موافقة الجهة الإدارية التى أصدرت الترخيص وإذا خالفت المدرسة الخاصة ذلك تقوم الجهة الإدارية بإنذار صاحب المدرسة أو من يمثله قانوناً بإزالة المخالفة وتحدد له مهلة لإزالتها فاذا انتهت المهلة دون تصحيح المخالفة توضع المدرسة تحت الاشراف المالى والإدارى بقرار من المحافظ المختص بناء على اقتراح لجنة شئون التعليم الخاصة وتتولى الإدارة التعليمية أو المديرية إدارة المدرسة لمدة لا تتجاوز سنة نيابة عن صاحب المدرسة لإزالة أسباب المخالفة التى ساقتها الجهة الإدارية تبريراً لوضع المدرسة تحت الإشراف المالى والإدارى جاءت فى جملتها ترديداً لما قالته عند إصدار القرار الذى قضى بوقف تنفيذه وهى المخالفات التى شابت عقد إيجار المدرسة وإقامتها على أرض مملوكة للدولة ولم تر الحكمة فى هذه الأمور ما يسند صدور القرار الذى قضى بوقف تنفيذه وزادت الجهة الإدارية هذه المدة مبررات أخرى هى عدم وجود فناء للمدرسة وقيام صاحب المدرسة بسحب رصيدها قبل أن تتسلمها الإدارة مما أعاق العملية التعليمية .

عدم وجود فناء للمدرسة لا تعد مخالفة لاحقة على صدور الترخيص بما يبرر إخضاع المدرسة للاشراف المالى الإدارى إذ أن جهة الإدارة أصدرت ترخيصاً ولم يكن بها فناء وقت صدوره .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبوقف تنفيذ القرار المطعون فيه ألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٧٠٥٣ لسنة ٤٧ ق)

(٣٥)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/١/٣١

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار وزير الداخلية بإدراجه على قوائم الممنوعين من السفر .

رقابة القضاء الإدارى للقرارات الادارية سواء فى مجال وقف تنفيذها أو فى مجال الغائها هى رقابة قانونية تسلطها المحكمة فى الحالين على هذه القرارات لتتعرف مدى مشروعيتها وملائمتها من حيث مطابقتها للقانون نصاً وروحاً ينبغى ألا تلغى قراراً إدارياً إلا إذا شابه عيب من هذا القبيل وألا تقضى بإيقاف قرار إلا إذا كان على حسب الظاهر من الأوراق ومع عدم المساس بأصل طلب الإلغاء عند الفصل فيه متسماً بمثل هذا العيب وقامت الى جانب ذلك حالة الاستعجال بأن كان يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

حرية الانتقال من مكان الى آخر ومن جهة الى أخرى والسفر خارج البلاد مبدأ أصيل لا غنى عنه للفرد وحق دستورى مقرر له لا يجوز المساس به دون مسوغ ولا الحد منه بغير مقتضى ولا يجوز أيضاً تقييده إلا لصالح المجتمع وحمايته فإذا التقت مصلحة المجتمع الإبقاء على شخص فى البلاد كان للدولة . وقد توافر لها الأسباب الجدية المبررة لذلك أن تتخذ من الإجراءات ما يحول دون سفره للخارج وللقضاء الادارى فى سبيل أعمال رقابته أن يمحص ويفحص هذه الأسباب ليتحقق من مدى مطابقتها للقانون .

إذا كان قرار منع المدعى السفر الى الخارج قد إستند إلى وجود تحريات باتجاره فى المواد المخدرة وأن له نشاط كبير فى جلب تلك المواد من الخارج - لا يجوز الاستناد اليها وحدها لتقييد حرية من الحريات الشخصية فالمنع من السفر هو مصادرة لحرية شخصية لا يجوز أن يكون مبناه شبهات تقوم فى حق الشخص وإنما ينبغى أن يستند إلى أسباب مستمدة من أدلة أو قرائن تستخلص استخلاصاً سائغاً وقائع محددة ولها أصل ثابت من الأوراق ، وعلى ذلك فمجرد تحريات تصاغ فى عبارات مرسله لا تكفى لتبرير تقييد حرية المدعى من السفر خاصة وأن الأوراق لم تشر حتى إلى سبق اتهام المدعى فى تلك النوعية من القضايا .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه .

(الدعوى رقم ٧٥٠٦ لسنة ٤٨ ق)

(٣٦)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/٢/٢٨

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه بمنع الزيارة عن شقيقه المودع بسجن استقبال طره وفى الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه .

القرار المطعون فيه لا يتقيد بميعاد الستون يوماً المحددة لإقامة دعوى الإلغاء ... ومن ثم فإن الدعوى تكون مقبولة شكلاً يشترط لتوافر الطلب العاجل ولوقف تنفيذه توافر ركنى الجدية والاستعجال وأولهما يتصل بمبدأ المشروعية وهو أن يكون إدعاء الطالب قائما بحسب الظاهر من الأوراق على أسباب جدية يرجح معها إلغاء القرار والركن الثانى هو الاستعجال بن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

حرص المشرع على ضرورة إحترام آدمية الانسان وكرامته وعدم المساس بها مادياً أو معنوياً وجعل للمحكوم عليه بأن يطبق الحق فى الزيارة وهو حق مزدوج للمحكوم عليه ولذويه ولأى منهم أن يطلب هذه الزيارة وفقاً للضوابط التى رسمها القانون رقم ٣١٦ لسنة ١٩٥٦ واللائحة الداخلية للسجون الصادرة بقرار وزير الداخلية .

بالإضافة إلى أن الحق فى الزيارة العادية للمسجون فان النائب العام أو المحامى العام ولمدير عام السجون أو من ينيبه فى ذلك أن يأذن لذوى المسجون بزيارته زيارة خاصة إذا دعت الظروف لذلك وهذا الحق مقرر لجميع المسجونين مهما كانت جرائمهم التى اقترفوها .

الأصل أن المعتقل شأنه شأن المحبوس إحتياطياً لأنه لم يصدر فى شأنه أى حكم قضائى يقضى بإدانته .

عدم جواز منع الزيارة عن السجون منعاً مطلقاً من أى قيد وذلك بعدم تحديد مدة المنع سلفاً وأن تكون الأسباب التى دعت الى المنع من الزيارة تبرر هذا المنع ولا تتجاوز حدوده وقدره لأن حرمان الانسان الذى تسلب حريته من زيارة أهله وذويه فى حبسه يشكل إهداراً لآدميته وايذاءاً معنوياً له وحرمانه من حق طبيعى مقرر له ولذويه .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٣٧٨٠ لسنة ٤٩ ق)

(٣٧)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/٣/١٤

طلب المدعى الحكم بإلغاء القرار الصادر من لجنة الأحوال المدنية الذى قضى بتغيير اسم نجله .

تصحيح قيود الأحوال المدنية لا يتم إلا بقرار تصدره اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٤١ من القانون رقم ٢٢٠ لسنة ١٩٩٠ ولكى يصدر هذا القرار يجب أن يتقدم إليها صاحب الشأن بطلب مشفوعاً بالمستندات اللازمة ومبررات طلب التعديل والتغيير .

الأصل أن يتقدم الشخص بنفسه الى هذه اللجنة فان ذلك يكون بالنسبة الى الشخص كامل الأهلية أما إذا كان ناقصها لعدم بلوغه سن الرشد أو لغير ذلك من الأسباب فان لوليه أو الوصى أو القيم عليه أن يحل محله فى هذا الطلب .

طالما أن الأب كان موجوداً فإنه وحده الذى له الولاية الطبيعية على ابنه ويكون وحده أيضاً صاحب الصفة والمصلحة فى تعديل أو تغيير قيود الأحوال المدنية الخاصة بالابن القاصر تغيير إسمه إن شاء .

عدم جواز منح هذه الصفة للأم بتغيير اسم ابنها القاصر طالما أنها ليست وصية عليه لأن هذا الحق مقرر لوليه الطبيعى وهو والده .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الموضوع بالغاء القرار المطعون فيه .

(الدعوى رقم ٧٩٠١ لسنة ٤٣ ق)

(٣٨)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/٣/١٤

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ القرار الصادر من الجهة الادارية بشأن منع دخول ابنته المدرسة لارتدائها النقاب وإنذارها بالفصل إذا لم تخلعه وإعتبار مدة طردها من المدرسة غياب بدون عذر رغم أن الشريعة الإسلامية حثت على النقاب بالإضافة إلى كون القرار المطعون فيه ينطوى على الافتئات على الحرية الشخصية وحرية العقيدة التى قررها وكفلها الدستور .

الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة المبداه من محامى الحكومة لأن المدعى أقامها ضد السيد وزير التعليم والسيد مدير إدارة المدرسة والسيد مدير الإدارة التعليمية بصفته لا يقوم على سند صحيح لأن القرار المطعون فيه صادر من المدعى عليه الرابع وأن تنفيذ الحكم يكون فى مواجهته .

وحيث يتوافر ركن الجدية لأن المادة الثانية من الدستور تنص على أن الإسلام دين الدولة ومبادىء الشريعة الإسلامية المصدر الرسمى للتشريع كما تنص المادة ٤٦ من الدستور على أن تكفل الدولة حرية العقيدة ويكون ذلك بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الشأن .

ومن ثم فان المحكمة تنتهى الى ن إسدال المرأة النقاب على وجهها واجب شرعاً ولأن النقاب أيضاً فى جميع الأحوال غير محظور شرعاً وإنما هو زى يباح للمرأة أن ارتداؤه وفقاً لما لها من حرية شخصية فى هذا الشأن وحرية العقيدة التى .كفلها الدستور وأنه لا

يجوز لأى سلطة كانت أن تحظر إرتداء النقاب لأن فى ذلك مساس بهاتين الحريتين اللتين كفلهما الدستور .

لا يجوز ارتداء النقاب بصفة مطلقة أو منعه بصورة كلية على المرأة لعرف جهة معنية أو مكان محدد مما يجعل لها ارتياده .

وحيث أنه لا ينال من ذلك ما قد يقال من أن لولى الأمر أن يضع القواعد والضوابط اللازمة لحفظ النظام العام ذلك أن التنظيم الذى يستهدفه ولى الأمر يجب أن لا يمس إحدى المسائل التى تدخل فى دائرة العقيدة والتى أوجب المشرع الدستورى على الدولة كفالتها للمواطنين فضلاً عن أن إرتداء المرأة النقاب تتداخل فيه دائرة حرية العقيدة والحرية الشخصية والحريتان لصيقتان بالانسان وبشخصهُ وحياته الشخصية .

حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم قبول الدعوى وبقبولها شكلاً وفى الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٤٠٦/ ٤٩ ق)

(٣٩)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة المنازعات والأفراد والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/٣/١٤

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلبى بالامتناع عن تطبيق حكم البند ثالثاً من قرار مجلس جامعة الأزهر الصادر بجلسته رقم ٣٢٧ بتاريخ ١٩٩٢/٢/٥ ومنحه الحق فى التقدم للامتحان لمدة عامين متتاليين مع مايترتب على ذلك آثار شروط وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وأثرها ومدى إنطباقها على واقعة الدعوى .

توافر ركن الجدية كونه متوافر حيث أن مجلس جامعة الأزهر بمناسبة بحث تطبيق قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٢ كان قد إستن قاعدة من قبيل التيسير على الطلاب الذين استنفذوا مرات الرسوب . البند الثالث من هذا القرار ينص على جواز سحب قرارات فصل الطلاب الذين تم فصلهم من العام الجامعى ١٩٩٢/٩١ لاستنفاذ مرات الرسوب طبقاً للمادة ٢٢٠ من اللائحة التنفيذية بالقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٩١ الذين رسبوا فيما لا يزيد عن نصف عدد المقررات بغض النظر عن المواد المتخلفة من سنوات سابقة ومنحهم الحق فى التقدم للامتحان لمدة عامين متتاليين طبقاً للمادة ٢٢٠ المشار إليها بعد التعديل وذلك بعد موافقة مجلس الكلية المختصة على ذلك . عمومية القاعدة سالفة الذكر دون تخصيصها وإطلاقها بدون تقييد ، وإنطباقها على جميع الفرق الدراسية عدا طلاب الفرقة الاعدادية والأولى فى الكليات التى ليس بها فرقة إعدادية .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت جامعة الأزهر مصروفاته وأمرت باحالة الدعوى الى هيئة مفوضى الدولة لإعداد تقرير بالرأى القانونى فى طلب الإلغاء .

(الدعوى رقم ٦٤٦ لسنة ٤٩ ق)

(٤٠)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة المنازعات والأفراد (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/٤/١١

طلب المدعية الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلبى بحرمانها من تكملة دراستها بكلية الدراسات

الانسانية ومنحها فرصتين لدخول الامتحان مع مايترتب على ذلك من آثار .

كون مجلس جامعة الأزهر قد بحث قرار السيد رئيس الجمهورية رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٢ أنه قد استن قاعدة من قبيل التيسير على الطلاب الذين استنفذوا مرات الرسوب فأصدر فى الخامس من فبراير سنة ١٩٩٢ القرار الرقيم ٣٢٧ تضمن فى البند الثالث منه حكماً يقضى بجواز سحب قرارات فصل الطلاب الذين تم فصلهم فى العام الجامعى ١٩٩٢/٩١ لاستنفاذ مرات الرسوب طبقاً للمادة ٢٢٠ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ الذين رسبوا فيما لا يزيد على نصف عدد المقررات بغض النظر عن المواد المتخلفة من سنوات سابقة ومنحهم الحق فى التقدم للامتحان لمدة عامين متتاليين تطبيقاً للمادة ٢٢٠ المشار اليها بعد التعديل وذلك بعد موافقة مجلس الكلية المختصة على ذلك .

وهذه القاعدة قد وردت عامة دون تخصيص ومطلقة دون تقييد ومن ثم فإنها تشمل جميع طلاب الفرق الدراسية عدا طلاب الفرقة الاعدادية والأولى فى الكليات التى ليس بها فرقة إعدادية ويشترط لإمكان الاستفادة من هذه القاعدة أن يكون سبب فصل الطالب هو استنفاذه مرات الرسوب وألا يزيد عدد المقررات التى رسب فيها على نصف المقررات للفرقة الدراسية المقيد بها ولا يدخل فى حسابها المواد المتخلفة عن سنوات سابقة .

توافر ركن الاستعجال لما يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه من حرمان المدعية من مواصلة دراستها الجامعية رغم أنها أوشكت على الإنتهاء منها .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت جامعة الأزهر مصروفاته .

(الدعوى رقم ٤٩/٢٧٦٦ ق)

(٤١)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة المنازعات والأفراد والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/٤/١١

طلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار إدراج اسمه على قوائم الممنوعين من السفر .

إشتراط القضاء لوقف تنفيذ القرار الإدارى ضرورة توافر ركنين :

أولهما : يتصل بمبدأ المشروعية وهو ركن الجدية بأن يكون إدعاء الطالب فى هذا الشأن قائماً بحسب الظاهر من الأوراق على مايرجح إلغاء القرار المطعون فيه .

وثانيهما : ركن الاستعجال بن يترتب على الاستمرار فى تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

حرية الانتقال من مكان الى آخر والسفر خارج البلاد مبدأ أصيل لا غنى عنه للفرد وحق دستورى مقرر له لا يجوز المساس به دون مسوغ ولا الحد منه بغير مقتض ولا يقيده إلا الصالح العام للمجتمع فإذا اقتضت مصلحة المجتمع الإبقاء على شخص فى البلاد كان للدولة وقد توافر لها الأسباب الجدية المبررة لذلك أن تتخذ من الإجراءات مايحول دون سفره للخارج وللقضاء الادارى فى سبيل إعمال رقابته أن يفحص الأسباب للتحقق من مدى مطابقتها للقانون .

توافر ركن الاستعجال لأن قيد المدعى على قوائم الممنوعين من السفر فى ذاته يعد قيداً على حريته فى التنقل والسفر فضلا عن ضياع فرصته للعمل فى الخارج والتى حصل عليها بالفعل .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت جهة الإدارة المصروفات .

(الدعوى رقم ١٢٦٢ لسنة ٤٩ ق)

(٤٢)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (د)
جلسة السبت
١٩٩٥/٥/٢٠

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بازالة العقار محل النزاع وإلزام الجهة الإدارية المصروفات .

وحيث أن قضاء نصوص قانون الرى والصرف رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ أن المشرع قد حدد فى المادة الأولى منه تحديد الأملاك العامة ذات الملك - والخاصة بالرى والصرف وحظر فى المادة التاسعة منه القيام بأى عمل خاص داخل حدود الأملاك ذات الصلة بالرى والصرف إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من وزارة الرى ولما كان الثابت من الأوراق أن المدعى قد قام بالتعدى على جسر الرواج بالبر الأيمن بزمام كفر حداد مركز أشمون وهو من الأملاك العامة ذات الصلة بالرى وذلك ببناء جسر بالطوب الأسمنتى وفقاً للقواعد الخرسانية وتجهيزها لتسلمها وقد قام بهذا دون الحصول على ترخيص بذلك من وزارة الرى وتبعاً لذلك فقد قام مهندس الرى المختص بتحرير المحضر الإدارى ضده وطلب من المأمور إخطار المدعى بالمخالفات المنسوبة إليه وبإزالتها وإعادة الشيء إلى أصله ، وفعلا فقد تم إخطاره بذلك ، ولما لم يمتثل المدعى تبعاً لذلك فقد قامت الجهة الإدارية بإزالة هذه الأعمال وإلزام المدعى بتنفيذ الازالة على عاتقه .

وحيث أن الجهة الإدارية أثبتت كافة الإجراءات المنصوص عليها قانوناً وكان القرار المطعون فيه قد صدر من السلطة المختصة بإصداره قانوناً وفى الحالات التى أوجب عليها المشرع إتخاذ هذه الإجراءات وإصدار مثل هذا القرار ، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه يكون قد صدر سليما قائماً على سببه المبرر له فى الدافع والقانون ويكون الطعن عليه بطلب إلغاؤه غير مستند إلى أساس سليم ويكون حرياً بالرفض .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض طلب إلغاء القرار المطعون فيه وألزمت المدعى المصروفات .

(الدعوى رقم ١٢٦٤ لسنة ٤٧ ق)

(٤٣)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة منازعات الأفراد (د)
جلسة السبت
١٩٩٥/٥/٢٠

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار وزير التربية والتعليم الصادر بتاريخ ١٩٩٢/١٢/١٣ بإعادة قيد أبناء المدعى بالفرقة الرابعة والثانية والولى بالمرحلة الإبتدائية فى العام الدراسى ١٩٩٣/٩٢ عدولا عن قراره الصادر فى ١٩٩٢/١١/٢٨ بقيد كل منهم بالصف الأعلى مباشرة مع مايترتب على ذلك من آثار .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن وزير التربية والتعليم سبق له أن وافق فى سبتمبر ١٩٩٢ على القواعد التنظيمية لمناظرة صفوف النقل بدولة الإمارات العربية بما يعادلها بجمهورية مصر العربية وبمقتضاها تمت معادلة الصف السادس الابتدائى بالامارات بالصف الخامس لمصر وهكذا ونزولاً على ذلك فإنه يتعين على الوزير إحترام هذا القرار وعدم مخالفته وأنه

إذا خالف جاز للوزير سحب وإلغاء القرار المخالف خلال مواعيد الطعن بالإلغاء ويكون قراره بسحب القرار المخالف مطابقاً للقانون دون أن يكون لذوى الشأن التمسك بما نشأه القرار المسحوب لهم من حقوق ومزايا .

ولما كان الثابت أيضاً من الأوراق أن المدعى تقدم بطلب لقيد أبنائه بالصف الخامس والرابع والثانى الابتدائى فى الوقت الذى لا يحق لهم القيد فى هذه الصفوف وإنما يحق قيدهم بالصفوف الرابع والثالث والأول الإبتدائى إلا أن الوزير قد خالف قرار المناظرة ووافق على قيدهم فى ١٩٩٢/١١/٢٨ بالصفوف الخامس والرابع والثانى ثم عندما أدرك الوزير مخالفة تلك الموافقات لقرار المناظرة سالفة الذكر أصدر بتاريخ ١٩٩٢/١٢/١٣ قراره بسحب قراره المخالف وإلغائه ، وعليه فإن قرار السحب يكون مطابقاً للقانون ولا يحق للمدعى بصفته طلب إلغائه ويضحى طلب الإلغاء الغير قائم على سند من القانون خليقاً بالرفض .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض طلب الغاء القرار المطعون فيه وألزمت المدعى المصروفات .

(الدعوى رقم ٣٧٠٧ لسنة ٤٧ ق)

(٤٤)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة منازعات الأفراد (د)
جلسة الأحد
١٩٩٥/٥/٢٠

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار رقم ٧٠/ ١٩٩٠ فيما تضمنه من إزالة الأعمال المخالفة التى أقامها بالعقار ملكه وما ترتب على ذلك من آثار.

وحيث أن مفاد نصوص المواد ١٥ و١٦ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء أن المشرع حظر إقامة أية مبانى أو تعليتها أو توسيعها بدون الحصول على ترخيص فى ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وفى حالة مخالفة ذلك الحظر يتعين على هذه الجهة أن توقف الأعمال المخالفة وخول المحافظ المختص ومن يفوضه سلطة إصدار قرار مسبب بإزالة هذه الأعمال .

وحيث أن حق المحافظ فى تحديد من ينوب عنه فى إصدار قرار الإزالة ليس مطلقاً وإنما يتعين الرجوع فى هذا الشأن بعد أن خلت أحكام القانون من تحديده .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن القرار المطعون فيه بإزالة الأعمال المخالفة التى قام المدعى ببنائها بالعقار محل النزاع والمملوك له قد صدر من مستشار المحافظ للشئون الهندسية والفنية .

باعتباره مفوضاً عن المحافظ فى ممارسة هذا الاختصاص فإن هذا التفويض يكون قد صدر الى غير من أجاز القانون تفويضهم ومن ثم يكون التفويض قد تم بالمخالفة لأحكام القانون وبالتالى يكون القرار المطعون فيه قد صدر ممن لا يملك ولاية إصداره بالإضافة إلى أنه صدر معيباً بعيب عدم الاختصاص الأمر الذى يتعين معه القضاء بالغائه وإلزام الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٣٧٤٠ لسنة ٤٤ ق)

(٤٥)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (د)
جلسة السبت
١٩٩٥/٥/٢٠

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بعدم السماح لنجله بدخول امتحان الدور الثانى

من الصف الخامس الابتدائى للعام الدراسى ١٩٩٣/٩٢ مع ما يترتب على ذلك من آثار وتنفيذ الحكم بمسودته دون إعلان .

وحيث أن المشرع لم يحدد حداً بحيث لا يجوز النزول عنه عند قبول التلميذ بالصف الأول من حلقة التعليم الأساسى وأن ما حدده المشرع هو الحد الأدنى والذى تلتزم الدولة عند بلوغ الطفل له أن تقبله فى الصف الأول من حلقة التعليم الأساسى وعلى ذلك فإنه إذا ما كان الطفل لديه قدرات تؤهله للالتحاق بالصف الأول سالف الذكر قبل أن يبلغ السنة المشار إليها والتحق فعلاً بالصف الأول من حلقة التعليم الأساسى لوجود أماكن بهذا الصف وقبلته الجهة الإدارية وواصل تعليمه بصفوف تلك الحلقة فإنه يكون قد نشأ له مركز قانونى فردى وبأحقيته فى مواصلة تعليمه ، ولا يجوز معه لوزارة التربية والتعليم بعد ذلك أن تمنعه من مواصلة دراسته ويضحى القرار الصادر عن مواصلة هذه الدراسة مخالفاً للقانون .

ولما كان الثابت من الأوراق أنه وإن كان يحق للمدعى الالتحاق بالصف الأول الابتدائى قبل أن يبلغ سن السابعة ونجح فى هذا الصف وانتقل الى الصفوف التالية له ودرس بها حتى وصل الى الصف الخامس الابتدائى وبذلك فإنه يكون قد نشأ له مركز قانونى فردى وذاتى لا يجوز المساس به ولا يجوز لوزارة التربية والتعليم أن تمنعه من مواصلة دراسته فى الفصل الثانى من الصف الخامس بحجة أنه التحق بالصف الأول الابتدائى قبل بلوغه الخامسة والنصف من عمره ويضحى القرار الصادر بمنعه من مواصلة الدراسة فى الصف الخامس الابتدائى مخالفاً للقانون خليقاً بالإلغاء .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بالغا القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٦٢١ لسنة ٤٧ ق)

(٤٦)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (د)
جلسة السبت
١٩٩٥/٥/٢٠

طلب المدعيان الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من رئيس حى حلوان والتبين فيما تضمنه من إزالة التعديات الواقعة منهما على أرض الدولة بحلوان مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أنه وإن كانت المادة ٩٧٠ من القانون المدنى تحظر التعدى على أملاك الجهات المنصوص عليها فيها ومنها أملاك الدولة الخاصة وأعطت هذه المادة للوزير المختص حق إزالة هذا التعدى بالطريق الإدارى كما أعطت المادة ٢٦ من قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المحافظ المختص سلطة اتخاذ مايراه لازماً لحماية أملاك الدولة العامة أو الخاصة إزالة ما يقع عليها بالطريق الإدارى فإن المسلم به أن التعدى الذى قصدته المادتين ٩٧٠ مدنى و ٢٦ من قانون الادارة المحلية هو ذلك وضع اليد الذى لا يستند الى سبب قانونى صحيح وعلى ذلك فإذا كان واضع اليد يستند فى وضع يده إلى تخصيص صادر له من الجهة الإدارية المختصة فإنه لا يختصر بذلك متعديا على أملاك الدولة وبالتالى فإنه لا يجوز للجهة الادارية إزالة وضع اليد هذا بالطريق الادارى إستناداً للمادة ٩٧٠

مدنى وإنما يتعين أولا على الجهة الادارية أن تلغى قرار التخصيص الصادر منها لواضع اليد وينبه عليه بإخلاء عقار التعدى من هذه اللحظة ، ويعتبر وضع يده متعد ويحق لها إزالته بالطريق الادارى ويضحى بالتالى القرار الصادر بإزالة وضع اليد قبل إلغاء قرار الترخيص أو التخصيص مخالفاً للقانون .

وحيث أن وضع يد المدعين على هذه المساحة قد تم بناء على موافقة رئيس حى حلوان والجهات الرسمية بالحى وعلى ذلك فإنهما لا يعتبران متعديان عليها ولا يحق بالتالى لحى حلوان بعد ذلك استعمال السلطة المنصوص عليها فى المادة ٩٧٠ مدنى و ٢٦ من قانون الإدارة المحلية لإزالة وضع يدها على هذه الأرض ويضحى القرار الصادر بإزالة وضع يدها عليها (المطعون فيه) مخالفاً للقانون وخليقاً بالإلغاء .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بإلغاء القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ١١٠٠ لسنة ٤٤ ق)

(٤٧)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد (د)
جلسة السبت
١٩٩٥/٥/٢٠

طلب المدعين الحكم بإلغاء القرار الصادر بتاريخ ١٩٩١/١٠/٢١ برقم ١٢٨٢١ عن البيان الجمركى ٤٧ لسنة ١٩٩١ جمرك السويس مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أن المراد من نصوص قانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٢ أن الجمرك وهو يتولى تقدير قيمة البضاعة المستوردة يخضع لسلطة تقديرية واسعة غايتها الوصول الى الثمن الذى تساويه فى تاريخ تسجيل البيان الجمركى المتقدم عنها دون التقيد بالفواتير والمستندات التى يقدمها صاحب البضاعة وعلى الجمرك التأكد من البضاعة بمعاينتها سواء تمت المعاينة داخل الدائرة الجمركية وهذا هو الأصل أو خارجها ما دامت تحت رقابته وكل ذلك بهدف الوصول الى ثمن البضاعة وقيمتها وتحديد التعريفة الجمركية المقررة والخاضعة لها ثم تسوية الضريبة والرسوم الجمركية على أساس ذلك وتحصيل الضريبة والإفراج عن البضاعة وقيام ذلك فإن الجمرك يستمد سلطاته فلا يجوز له بعد تحصيل الضريبة والافراج عن البضاعة وخروجها من الدائرة الجمركية ومن رقابته أن يعاود النظر فى تقدير قيمتها مرة أخرى بدعوى أن المستورد لم يذكر القيمة الحقيقية للبضاعة فى البيان الجمركى أو أن يقدم الفاتورة الأصلية أو أنه قد ورد فى بيانات ومطبوعات لاحقة للجمرك بحقيقة ثمن أو قيمة البضاعة ذلك أنه كان بإمكان الجمرك أن يتحقق بكافة الوسائل من قيمة البضاعة ونوعها وألا يفرج عنها قبل التثبت من ذلك ليتم تقدير الضريبة على الوجه السليم والقول بغير ذلك يؤدى إلى زعزعة فى الاستقرار وفى المعاملات التجارية حيث يراعى فى تحديد الأسعار السلع المستوردة وتحديدها من الربح فيها وثمن تكلفتها بما فى ذلك الضرائب والرسوم التى تم تأديتها عنها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بإلغاء القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى ٤٤٧٥ لسنة ٤٦ ق)

(٤٨)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/٥/٢٣

إختصاص ما يخرج عن إختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار النائب العام بالامتناع عن تأجيل تنفيذ العقوبة المقضى بها فى القضية رقم ١٤ لسنة ٨٤ جنايات مخدرات البساتين .

قانون الاجراءات الجنائية عهد إلى النيابة العامة بصفتها الأمنية على الدعوى العمومية بالولاية المرسومة لها فى هذا القانون من تحقيق وإتهام وقبض وحبس وتفتيش ورفع الدعوى العمومية وبطلانها وحفظها . وأيضاً بوصفها جهاز قضائى إلى الإشراف على تنفيذ الأحكام الصادرة فى الدعاوى الجنائية وملائمة سلامة التنفيذ وهو مايتصل بالجريمة والعقاب.

كل هذا يعد من قبيل القرارات القضائية التى خولها القانون سلطة البت فيها ورسم الوسيلة القانونية للتظلم منها أمام الجهات القضائية المختصة وبهذه المثابة فإن ما تصدره النيابة العامة فى هذا الخصوص ومن بينه مايتعلق بتأجيل تنفيذ العقوبة المقضى بها هو ما يخرج عن ولاية القضاء الإدارى .

حكمت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وألزمت المدعى المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٠٩ لسنة ٤٩ ق)

(٤٩)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/٥/٢٣

طلب المدعية الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار المطعون فيه وإعتبارها ملتحقة بكلية التجارة جامعة عين شمس إنتظام وليست منتسبة .

صدور قرار من المجلس الأعلى للجامعات بشأن قبول الطلاب المعوقين إعاقة تمنعهم من الحركة إلا بمعاونة الآخرين ولا تمنعهم من تدوين المحاضرات ويكون ذلك بناء على تقرير من القومسيون الطبى العام والسماح لهم بالقبول بكلية التجارة .

العلة فى ذلك هو رعاية الطلاب المعوقين وتشجيعهم على مواصلة دراساتهم الجامعية وأنه إذا كانت ظروفهم وأحوالهم الصحية قد حالت دون تمكنهم من الحركة بأنفسهم فإن المجلس الأعلى للجامعات مرعاة منه لهذه الاعتبارات لم يلزمهم بالحصول على المجموع الذى طالب به غيرهم ممن هم فى حالة صحية طبيعية وليست بها إعاقة ومنعاً من التحايل فى هذا الشأن فإن المجلس الأعلى للجامعات تطلب تقريراً من القومسيون الطبى العام يوضح الحالة الصحية للطالب على أن المقصود بعبارة معاونة الآخرين لا تقتصر على الأفراد وإنما يقصد بها أن الطالب المعاق لا يستطيع بمفرده وبدون أشخاص وأجهزة أو أدوات أن يتحرك مثل الطالب الصحيح الذى يخشى من الإعاقة فلا يلزم للاستفادة من هذا الاستثناء الذى قرره المجلس الأعلى للجامعات أن يستعين الطالب بأجهزة تعويضية وإنما يكفى أن يكون بحاجة الى معاونة الآخرين والجهة

الوحيدة وصاحبه الإختصاص فى تقرير ذلك هى القومسيون الطبى العام وليس لجهة أخرى سواء لجنة جامعية طبية أو غير ذلك أن تتدخل فى هذا الشأن .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت جامعة عين شمس المصروفات .

(الدعوى رقم ٤٩/٣٤١٣ ق)

(٥٠)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/٥/٢٣

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ قرار وزير الداخلية ووزير التعليم بمنع نجله من دخول وأداء امتحان نهاية العام الدراسى ١٩٩٥ وفى الموضوع بالغاء القرار السلبى مع مايترتب على ذلك من آثار جواز فصل الطالب من المدرسة إذا تغيب بغير عذر مدة تزيد على خمسة عشر يوماً متصلة أو تزيد على ثلاثين يوماً متقطعة ويجوز إعادة الطالب المفصول بقرار من لجنة إدارة المدرسة ولا يجوز إعادة القيد أكثر من مرة واحدة فى السنة الدراسية الواحدة ولا يجوز إعادة القيد أكثر من مرتين فى مرحلة التعليم الثانوى كلها .

يشترط لدخول الطالب الامتحان أن يحضر ٨٥٪ على الأقل من عدد أيام الدراسة و ٧٥٪ من مجموع الدروس المقررة للتدريبات المهنية بالنسبة الى التعليم الثانوى الفنى وإن حصل الطالب الذى يتغيب المدد المشار إليها وإن كان لا يسبقه تحقيق إلا أنه يجب أن يكون مسبوقاً بإنذار إلى الطالب وإلى ولى أمره قبل بلوغ الغياب المدة الموجبة لفصل الطالب على النحو السالف بيانه وأن هذا الإجراء ضرورى وجوهرى فإذا ما صدر قرار الفصل غير مسبوق بهذا الانذار كان قرار الفصل معيباً حتى ولو ثبت غياب الطالب المدد الموجبة للفصل .

وحيث أن هذا الحكم صادر فى الشق العاجل من الدعوى وقد تحدد أول يونيو سنة ١٩٩٥ موعداً لبداية إمتحان نهاية العام الدراسى فمن ثم فإن المحكمة تأمر بتنفيذ الحكم بمسودته وبغير إعلانه عملاً بنص المادة ٢٨٦ مرافعات .

حكمت المحكمة فى الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون عليه مع مايترتب على ذلك من آثار وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٥٥٤٦ لسنة ٤٩ ق)

(٥١)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (أ)
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/٥/٢٣

طلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من رئيس جامعة حلوان بمنع دخول الطالبات المنقبات إمتحانات نهاية العام الجامعى مع ما يترتب على ذلك من آثار .

بالنسبة للطلب العاجل يشترط لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه توافر ركنى يتصل أولهما بمبدأ المشروعية بأن يكون إدعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر على أسباب جدية يرجح معها إلغاء القرار والركن الثانى هو الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

بالنسبة لركن الجدية فإن الدستور ينص على أن يقرر حقيقة ثابتة وهي أن دين الدولة هو الإسلام وأن مبادىء الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع والحرية الشخصية هى من الحقوق الطبيعية اللصيقة بالانسان ولا يجوز للدولة المساس بها وتلتزم فضلاً عن ذلك بكفالة حرية العقيدة .

للمرأة حرية إرتداء النقاب بمالها من حرية شخصية وحرية عقائدية وهناك رأيان فى هذا الصدد أولهما يرى أن وجه المرأة ليس بعورة ومن ثم يجوز لها كشفه أو ستره والثانى يرى إلى وجوب ستر وجه المرأة ، ومن ثم فان إسدال النقاب عن وجه المرأة غير محظور شرعاً ولا يحرمه القانون ولا ينكره العرف .

لا يجوز للجهة الادارية المساس بحرية المرأة الشخصية بحرمانها من إرتداء الزى الذى تراه مناسباً طالما لا يشكل خروجاً على القوانين أو العرف أو التقاليد وإنما يمثل حرصاً منها على الاحتشام والوقار .

إرتداء الطالبة للنقاب لا ينطوى على افتئات لحق الجامعة أو الكلية التى تنتسب إليها وما يقتضيه ذلك الحق من التحقق من شخصيتها عند دخولها لمقر دراستها حتى لا يندس دخول شخص غريب أو غير مرغوب فى دخوله ذلك المكان ويمكن أن يتم ذلك باتخاذ الاجراء الذى تراه الجامعة أو الكلية مناسباً وما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية كأن تخصص إحدى بنات جنسها للتحقق من شخصيتها وذلك لتحقيق التوازن بين المصلحة العامة من جهة وبين ممارسة الحرية الشخصية من جهة أخرى .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى المطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه مع مايترتب على ذلك من آثار .

وألزمت جامعة حلوان مصروفاته .

(الدعوى رقم ٦٩٠٢ لسنة ٤٩ ق)

(٥٢)

محكمة القضاء الإدارى
دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (أ)
جلسة السبت
١٩٩٥/٧/٢٥

طلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار جامعة القاهرة السلبى بالإمتناع عن تقدير نجاح المدعون فى البكالوريوس بتقدير جيد جداً مع مرتبة الشرف مع ما يترتب على ذلك من آثار .

قانون تنظيم الجامعات قد ناط باللائحة التنفيذية وضع الإطار العام لتنفيذ أحكامه وبيان النظم والأحكام المشتركة بين الجامعات وتلك المشتركة بين بعض كلياتها ومعاهدها وترك لهذه اللائحة بصفة خاصة بيان الدرجات والشهادات العلمية والدبلومات والشروط العامة للحصول عليها .

مقتضى ذلك ولازمه أن تتكفل اللائحة الداخلية ببيان الأحكام التفصيلية اللازمة لتنفيذ أحكام قانون تنظيم الجامعات ولائحته التنفيذية بما تكمل هذه الأحكام وبما يتناسب مع طبيعة الدراسة بكل كلية وبالقدر الذى لا يتعارض مع الإطار العام الوارد فى اللائحة التنفيذية وبما يجعل اللائحة الداخلية لكل كلية متصلة ومنسجمة مع الأحكام الواردة فى القانون واللائحة التنفيذية الصادر بأداء أعلى فى السلم التشريعى من أداء إصدار اللائحة الداخلية وهذا من شأنه توحيد القواعد والأحكام الأساسية واجبة التطبيق على كليات الطب فى الجامعات المختلفة ذات الطبيعة الواحدة والتى تخضع أصلاً لتنظيم قانونى واحد .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت جامعة القاهرة مصروفات هذا الطلب .

(الدعوى رقم ٥١٦٥ لسنة ٤٩ ق)

(١)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الأولى
جلسة ١٩٨٥/١١/١٦

نقابة المهندسين انتخاب أعضاء مجلس النقابة - الطعن فيه .

المادة (٢٠) من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ بشأن نقابة المهندسين .

الطعن فى قرار انتخاب أعضاء مجلس النقابة المكملين يكون بالشروط والأوضاع المقررة سواء كان مرجع الطعن أسباب تتصل بشروط الترشيح أو سابقة الانتخاب بالشعبة أو بغير ذلك من الأسباب .

لمحكمة القضاء الإدارى إذا توافرت شروط الطعن طبقاً لنص المادة (٢٠) المشار إليها أن تسلط رقابتها على كافة الاجراءات السابقة على الانتخاب .

مؤدى ذلك إعتبار الطعن على الاجراء السابق فى حقيقة تكييفه القانونى طعناً على الإنتخاب بمجلس النقابة يتعين أن يتوافر فى إقامته الشروط المقررة بنص المادة (٢٠) من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤) .

(الطعن رقم ٦٥٠ لسنة ٣٠ ق)

(٢)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الأولى
جلسة ١٩٨٥/١٢/١٤

نقابة المحامين - شروط القيد بالجدول - الاختصاص بالطعن على قرارات القيد - ما يخرج عن إختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى .

إن قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ أسند المشرع إلى محكمة النقض (الدائرة الجنائية) الاختصاص بنظر الطعن فى القرار الصادر من لجنة قيد المحامين برفض طلب القيد بالجدول العام طبقاً لنص المادة (٥٩) من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ والذى كان معمولاً به حتى ١٩٨٣/٣/٣١ ثم جعل هذا الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة إعتباراً من ١٩٨٣/٤/١ طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ - الطعون المقدمة من طالب القيد فى الجداول على مختلف مستوياتها ينعقد الاختصاص بشأنها لمحكمة النقض الدائرة الجنائية طبقاً لأحكام المواد ٧٣ و٧٧ و٨٠ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ ومحكمة إستئناف القاهرة طبقاً لأحكام المادتين ٣٣ و٣٦ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ اختصاص محكمة استئناف القاهرة ومحكمة النقض اختصاص شامل يمتد إلى الطعون التى حددها المشرع فيما يصدر من أجهزة النقابة ولجانها من قرارات مثل قرارات إسقاط عضوية النقيب وأعضاء مجلس النقابة وقرار نقل اسم محامى إلى جدول غير المشتغلين وقرار محو اسم محام من الجدول والقرارات التأديبية الصادرة ضد المحامين وإغفال إدراج اسم أحد المرشحين لعضوية مجلس النقابة فى قائمة المرشحين والقرارات الصادرة من الجمعية العمومية للنقابة والطعن فى تشكيل مجلس النقابة - مؤدى ذلك - خروج الطعن على هذه القرارات من إختصاص مجلس الدولة ولا محاجة فى هذا الشأن بنص المادة (١٧٢) من الدستور التى قررت لمجلس الدولة ولاية عامة فى المنازعات الادارية - أساس ذلك أنه لا يوجد مايمنع من اسناد الفصل فى بعض المنازعات الإدارية إلى جهات قضائية أخرى طالما أن ذلك على سبيل الاستثناء وفى الحدود التى يقتضيها الصالح العام إعمالاً للتفويض المنصوص عليه بالمادة

(١٦٧) من الدستور فى شأن تحديد الهيئات القضائية وإختصاصاتها وطريقة تشكيلها .

(الطعن رقم ٩٧١ لسنة ٢٩ ق)

(٣)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الأولى
جلسة ١٩٨١/٢/٨

نقابة المحامين - الترشيح لمنصب النقيب - إجراءات ومواعيد الطعن على القرارات الصادرة من هذا الشأن .

نص المادتين ١٣٤ و ١٣٦ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون المحاماة معدلاً بالقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ .

أجاز المشرع الطعن على استقلال لمن أغفل قيد إسمه من قائمة المرشحين فى قرار مجلس النقابة بعدم إدراج إسمه أمام محكمة استئناف القاهرة خلال عشرة أيام من تاريخ نشر كشوف المرشحين .

أسند المشرع الاختصاص بنظر الطعن فى القرارات الصادرة من الجمعية العمومية وفى تشكيل مجلس النقابة إلى محكمة النقض .

إختصاص محكمة النقض ومحكمة إستئناف القاهرة فى هذا الشأن هو إختصاص عام وشامل بنظر الطعون التى حددها المشرع فيما يصدر عن أجهزة نقابة المحامين ولجانها ومجالسها من قرارات يجوز الطعن فيها مثل القرارات الصادرة من لجنة قيد المحامين بالجدول العام والجداول النوعية وقرارات إسقاط عضوية أعضاء مجلس النقابة وقرارات نقل أسماء المحامين إلى جدول المحامين غير المشتغلين ومحو أسمائهم من الجداول والقرارات التأديبية الصادرة ضدهم وإغفال إدراج إسم أحد المحامين لعضوية مجلس النقابة من قائمة المرشحين والقرارات الصادرة من الجمعية العمومية للنقابة والطعن فى تشكيل النقابة وغير ذلك من القرارات المتعلقة بالنقابة .

القرارات التى تصدر من مجلس النقابة سواء برفض إدراج طالب الترشيح بالقائمة أو بادراجه تختص بنظر الطعن فيها محكمة إستئناف القاهرة .

أساس ذلك أن هذه القرارات تتعلق بمرحلة الترشيح وهى مرحلة منفصلة عن مراحل العملية الانتخابية .

لا يسوغ التفرقة بين القرار السلبى الذى يصدر باستبعاد إدراج إسم طالب الترشيح من قائمة المرشحين والقرار الايجابى بقيد إسمه ومقر اختصاص محكمة إستئناف القاهرة على الطعن فى القرار الأول دون الثانى تذرعاً بنص المادة (١٧٢) من الدستور التى قررت لمجلس الدولة الولاية العامة على المنازعات الإدارية .

أساس ذلك أن القرار فى كلتا صورتيه من طبيعة واحدة ذلك أن قبول إدراج إسم المرشح فى القائمة أو رفضه هما وجهان للقرار الذ يصدر من مجلس النقابة بوصفه إفصاحاً عن إرادته فى شأن مدى استيفاء طالب الترشيح لشروط الترشيح لمجلس النقابة .

مؤدى ذلك إنعقاد الاختصاص بنظر الطعن فى هذا القرار عن أى من وجهيه بجهة القضاء المدنى (العادى) .

(الطعن رقم ١٨٦٣ لسنة ٣١ ق)

(٤)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

جلسة ١٩٨٦/٣/٨

نزع الملكية للمنفعة العامة - إجراءات ايداع لنماذج - أثره - مفاد نص المادتين ٩ ، ١٠ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين معدلا بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٢ أن المشرع حرص على نقل ملكية العقارات للمنفعة العامة بالطريق الطبيعي كلما أمكن ذلك .

إذا لم يعترض أصحاب الشأن على نقل ملكية عقاراتهم أو حقوقهم عليها أو قيمة التعويض المقرر لهم يوقع كل منهم على النموذج الخاص بالبيع وتودع هذه النماذج مكتب الشهر العقارى المختص .

إذا إمتنع أصحاب الحقوق عن التوقيع بنزع ملكية العقارات المخصصة للمشروع بقرار من الوزير المختص يودع مكتب الشهر العقارى .

يترتب على الإيداع جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع إذا لم تودع النماذج أو القرار الوزارى المشار إليه خلال سنتين من تاريخ نشر القرار فى الجريدة الرسمية يسقط مفعول القرار ويعتبر كأن لم يكن .

المادة ٢٩ مكرراً من القانون المشار إليه أوردت تحفظاً مؤداه أن قرارات النفع العام لا تسقط رغم عدم إيداع النماذج خلال الأجل المشار إليه إذا كانت العقارات المطلوب نزع ملكيتها قد أدخلت فعلا فى مشروعات تم تنفيذها .

مؤدى ذلك أنه تجوز المجادلة فى مدى تنفيذ المشروع الذى صدر من أجله قرار النفع العام شريطة ألا تكون نماذج نقل الملكية أو القرار الصادر من الوزير المختص قد أودعت مكتب الشهر العقارى .

أساس ذلك أن بمجرد الايداع تزول حقوق أصحاب الشأن على العقارات المنزوعة ملكيتها .

(الطعن رقم ١٤٥٩ لسنة ٣٠ ق)

(٥)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

جلسة ١٩٨٦/٦/١٤

إختصاص - مايدخل في إختصاص مجلس الدولة قرارات المدعى العام الإشتراكى .

(المادة ٢١) من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ .

ولاية محكمة القيم فى نظر التظلمات التى ترفع إليها من قرارات المدعى العام الاشتراكى بالاعتراض على الترشيح لرئاسة أو عضوية الجهات المشار إليها بالمادة ٢١ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ تقف عند حد الفصل فى التظلم دون أن تصادر حق صاحب الشأن فى مخاصمة القرار أمام مجلس الدولة بإعتباره القاضى الطبيعى لنظر هذه المنازعة .

أساس ذلك عدم وجود نص يحجب اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعة فضلا عن أن التظلم إلى محكمة القيم من هذه القرارات تنحسر عنه صفة الطعن المقابل أو الموازى .

أساس ذلك - أن اختصاص محكمة القيم يقصر عن القضاء للمتظلم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وعن القضاء له بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر بسبب هذا القرار .

مؤدى ذلك أن التظلم من هذه القرارات التى يصدرها المدعى العام الاشتراكى أمام محكمة القيم لا يعتبر طريق طعن مواز .

لا يفيد من ذلك ما نصت عليه المادة (٢١) من أن تفصل المحكمة فى التظلم على وجه السرعة وتصدر حكمها فى شأنه قبل الموعد المحدد لاجراء الانتخابات بأسبوع على الأقل أساس ذلك أن عبارة (الحكم فى التظلم) لا تجاوز فى مدلولها سوى الفصل فى التظلم أما الحكم فلا يصدر إلا فى خصومة قضائية طبقاً لأصول وقواعد وإجراءات محددة من شأنها اتاحة الفرصة لذوى الشأن لإبداء دفوعهم ودفاعهم وهو ما لا يتوافر فى شأن التظلم .

(الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٣٠ ق)

(٦)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الرابعة

جلسة ١٩٩٤/٤/٢٣

إذا كان الطاعن وهو يعمل بمنطقة أوقاف المحلة الكبرى التابعة لهيئة الأوقاف المصرية بمحافظة الغربية وكان يشغل الدرجة الثانية وقد قدمته النيابة الإدارية الى المحكمة التأديبية تأسيساً على أنه طلب من أحد الأشخاص أن يبيعه لزوجته مساحة ٣٫٥ قيراط ضمن المساحة التى يستأجرها من هيئة الأوقاف وذلك بثمن بخس بما لا يتناسب مع الثمن الحقيقى مقابل إنجاز مازعمه من قدرته على إستبدال الأرض المشار اليها للمنتفعين بها .

قضت المحكمة أول درجة بمجازاته بالوقف عن العمل لمدة ثلاث شهور مع صرف نصف الراتب تأسيساً على أن الإتهام المنسوب للطاعن وهو طلبه تحرير عقد بيع باسم زوجته بثمن بخس بالنظر إلى قيمة الأرض محل العقد مقابل إعادة إجراءات الاستبدال للأرض رغم عدم إختصاصه بذلك مما يمثل جريمة رشوة وهو ثابت فى حقه بشهادة الشهود .

تأكد للمحكمة يقيناً أن الشهود والذين زعموا أن الطاعن سعى إلى عملية الاستبدال هم أقارب البائع والشاكى فجميعهم من عائلة واحدة ، كما أنه لم يثبت على الإطلاق وبدليل قاطع صحة الاتهام المنسوب للطاعن بل الثابت من الاقرار على ظهر عقد البيع أن البائع هو الذى سيقوم باجراءات الاستبدال وهذا الإقرار مؤرخ ١٩٨٤/٧/٤ وفى هذا التاريخ حسبما هو ثابت من الأوراق لم يكن الطاعن بمصر هذا فضلا عن سذاجة أقوال الشهود من أسرة البائع بشأن حمل الطاعن لهدايا لمسئول بهيئة الأوقاف بمصر كل ذلك يقطع ببراءة الطاعن مما نسب إليه ويكون الحكم المطعون فيه قد جانبه الصواب حين قضى بغير ذلك كما يكون الطعن الماثل له سنده الصحيح من الواقع والقانون مما يتعين معه إلغاء الحكم الطعين والقضاء ببراءة الطاعن مما نسب إليه .

(الطعن رقم ١٥٨٤ لسنة ٣٧ ق .ع)



المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الرابعة

جلسة السبت

١٩٩٤/٥/٢٨

حيث أن وجيز الطعن يخلص من أن النيابة الإدارية أقامت الدعوى التأديبية ضد الطاعن والذى يعمل

مدرساً بالدرجة الثانية حال كونه لم يحافظ على كرامة وظيفته وسلك مسلكاً لا يتفق والاحترام الواجب وبأن تعدى على رئيسه والذى يعمل وكيل وزارة التربية والتعليم فى مقر عمله وأثناء تأدية العمل الرسمى وسبه .

وحيث أصدرت المحكمة التأديبية ببور سعيد حكمها الطعين والذى قضى بخصم خمسة عشر يوماً من الراتب الشهرى للطاعن تأسيساً على أن تحقيقات النيابة الإدارية وما شهد به الشهود من أن الطاعن قد تلفظ بالألفاظ النابية والتى يعاقب عليها قانوناً ضد رئيسه (وكيل الوزارة) . فضلاً عن أنه اعترف فى أقواله بأنه وجه هذه العبارة للمذكور وذلك فى معرض طلبه رفع الجزاءات السابق توقيعها عليه ، كما أن الحكم المطعون فيه قد رأى توقيع الجزاء الشديد فى ضوء الثابت من سبق إرتكابه مخالفات مماثلة جوزى بشأنها .

وحيث أن المستقر عليه أن المحكمة التأديبية إنما تستخدم الدليل الذى تقيم قضاءها من الوقائع التى تطمئن إليها دون معقب عليها فى هذا الشأن مادام هذا الامتناع قائماً على أصول موجودة وغير منتزعة من أصول لا تنتجه وأنه متى ثبت أن المحكمة التأديبية قد إستخلصت النتيجة التى إنتهت إليها استخلاصاً سائغاً من أصول مادية تنتجها مادياً وقانونياً وتكيفها تكييفاً سليماً وكانت هذه النتيجة بدء إقتناعها الذى بنت عليه قضاءها فإنه لا يكون هناك محل للتعقيب عليها .

وحيث أن الثابت من أقوال الشهود متقدمة الذكر توجيه الطاعن لوكيل الوزارة العبارات الجارحة والمعاقب عليها قانوناً وهو ما أقر به الطاعن نفسه صراحة بالتحقيق الذى أجرته النيابة الإدارية فمن ثم تكون المحكمة التأديبية إذ الثابت قضاءها على الأخذ بهذه الأقوال تكون قد استخلصت النتيجة استخلاصاً سائغاً من أصول تنقصها مادياً وقانوناً .

ومن حيث أن ما ثبت من جانب الطاعن بتوجيه تلك الألفاظ إلى وكيل الزارة وهو الرئيس العام للعاملين بالتربية والتعليم بالمحافظة فمن ثم يكون الطاعن تجاوز حدود الأدب واللياقة فى مخاطبة الرؤساء والواجب عليه إحترامهم وتوقيرهم بما يشكل فى حقه مخالفة تأديبية تستوجب مجازاته عنها .

وحيث أن الثابت أن ما نسب الى الطاعن لا يخرج عن التعدى باللفظ على وكيل الوزارة المذكور ينعقد بأنه ظالم ومفترى ولم يتعد الأمر أكثر من ذلك وكان ذلك بمناسبة رفض الأخير رفع الجزاءات الموقعة على الطاعن أى أن ما وقع من الطاعن يعتبر فى حقيقته نوعاً من الاحتجاج وإن كان قد تجاوز اللياقة والكياسة فى العرض فمن ثم وفى ضوء ذلك فإن جزاء الخصم لخمسة عشر يوماً من راتب الطاعن يعد مغالى فى تقديره ولا يغير من ذلك سبق إرتكاب الطاعن لوقائع مماثلة مع أشخاص آخرين ذلك أنه أياً ما كان ذلك يظل الجزاء المقضى به مغالى فيه وذلك فى ضوء الظروف التى لابست إحتكاك الطاعن بوكيل الوزارة ويتعين لذلك تخفيض الجزاء إلى الحد الذى يتناسب مع الثابت فى حق الطاعن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه بتخفيض الجزاء المقضى به ليكون بخصم خمسة أيام من راتب الطاعن .

(الطعن رقم ١٦٩٨ لسنة ٣٩ ق.ع)

(٨)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الرابعة
جلسة السبت
١٩٩٤/٧/١٦

حيث أن وجيز المنازعة يخلص فى أن النيابة الإدارية كانت قد أقامت دعوى رقم ١٣٣ لسنة ١٥ ق أمام المحكمة التأديبية بأسيوط تأسيساً على أن الطاعن والذى يشغل وظيفة أمين مخازن (حالياً بالمعاش) لم يؤد العمل المنوط به بدقة ولم يحافظ على ممتلكات الوحدة التى يعمل بها وخالف القواعد والأحكام المالية والمخزنية بأن أهمل الحفاظ على العهدة المسلمة إليه بسبب وظيفته مما ترتب عليه وجود عجز مالى كبير .

وحيث أنه بجلسة ١٩٨٨/١١/١٢ قضت المحكمة التأديبية بأسيوط بمجازاة الطاعن بغرامة تعادل أجره الاساسى الذى كان يتقاضاه فى الشهر عند إنتهاء الخدمة وأقامت المحكمة قضاءها على أساس ما شهد به أعضاء لجنة الجرد والتسليم وكذا أقوال أمناء المخازن الجدد بأنه قد تم حصر جميع العهد الموجودة بالمخازن على الطبيعة وأنه لا وجود لعهدة لم يتم حصرها ، بالإضافة إلى أنه لم يرشد لجنة الجرد إلى أى مكان آخر به عهدة .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن النيابة الإدارية قد أجرت تحقيقاً بشأن ما نسب إليه من عجز فى عهدته عند إحالته للمعاش وذلك بمعرفة اللجنة التى شكلتها الإدارة التعليمية بأسيوط وإنتهت النيابة الإدارية إلى ثبوت الواقعة فى حق الطاعن حيث قدم للمحاكمة التأديبية وصدر الحكم المطعون فيه بمجازاته .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن الطاعن قد وقع على استمارات جرد العهدة الذى تم بمعرفة اللجنة المشكلة لهذا الغرض بما يفيد إقراره بما فى ذلك الاستمارات من مخزن أصناف العهدة المسلمة إليه تأمين للمخازن .

وحيث أنه متى كان العجز ثابتاً بيقين فى عهدة الطاعن وقت إجراء الجرد ودون أن يبرره وقتها سوى بأنه لم يتسلمه من مخازن المديرية بالمخالفة لما هو ثابت بالأوراق من دخولها المخزن ، كما لم يبرره فيما بعد إلا بدعوى أن المخزن الفرعى قد كسر وقلت من قيمته حال أن ما أسماه مخزناً فرعياً لم يكن سوى مجرد غرفة بها بعض مهملات المخزن من أصناف ليس منها ما ثبت العجز فيه وأنها قد فتحت بمعرفة لجنة بعد إبلاغ الشرطة ، ومن ثم فإن المحكمة وبغض النظر عن منازعة الطاعن فى تقييم هذا العجز تطمئن إلى صحة واقعة وجود عجز فى عهدة الطاعن .

ومن حيث أنه متى كان ما تقدم فإنه لا تثريب على الحكم الطعين فيما تضمنته أسبابه من صحة واقعة العجز فى عهدة الطاعن فيما قضى به منطوقه من جزاء مناسب ويكون الطعن عليه قد استند إلى غير سبب سليم خليقاً بالرفض .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبرفضه موضوعاً .

(الطعن رقم ٣٨٩ لسنة ٣٥ ق.ع) .

(٩)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الرابعة
جلسة السبت
١٩٩٤/٧/١٦

حيث أن عناصر المنازعة تخلص من أن أحد الموظفين فوجيء باتهام والدته فى جنحة تبديد ، وبالبحث تبين له أنه تم الحجز على بعض المنقولات بمنزله ومخاطبتها شخصياً أثناء الحجز ونسبت إليها بصمة على ذلك المحضر المقدم فى التحقيق الذى تم إجراؤه بمعرفته وقرر أنه يطعن بالتزوير على محضر الحجز والتبديد .

وحيث أجرت النيابة العامة تحقيقاً فى البلاغ وانتهت إلى إسناد جنايتى التزوير والاستعمال إلى الطاعن وزميله ولكنها اكتفت بمجازاتهما إدارياً حيث أحيلا إلى مجلس تأديب .

وحيث أنه قد صدر القرار المطعون فيه من مجلس تأديب العاملين بمحكمة دمنهور الابتدائية بمجازاة الطاعن بالإحالة إلى المعاش والآخر بخفض أجره فى حدود علاوة ، وأقام قضاءه على أن الثابت من تحقيقات النيابة أن ما إقترفه المذكور أن يعد خروجاً وإخلالاً على مقتضيات وواجبات وظيفتهما التى تفرض عليهما الأمانة والدقة لما للعمل المكلفان به من أهمية بالغة وأن مانسب إليهما فى جهة العمل المنتميان إليه والمفروض فى الجهاز المعاون للقضاء والنيابة أن يكون على مستوى الأمانة والشرف لما لهما من مكانة وقدسية عالية ونظراً لظروف المخالف الأول العائلية التى تقدرها المحكمة وإن كانت ليست مبرراً للخطأ وإقتراب عمره من الخامسة والخمسين مما يكون فى إحالته إلى المعاش خير جزاء له زجراً وردعاً لغيره .

أما المخالف الثانى فترى المحكمة الاكتفاء بخفض الأجر فى حدود علاوة .

وحيث أن الثابت أن الطاعن قد حرر محضر الحجز وقد ثبت من التحقيقات التى أجرتها النيابة العامة عدم صحة هذا المحضر ومخالفته للحقيقة والواقع حيث أن السيدة المذكورة لا تقيم بهذه القرية وأنها تقيم مع إبنها بالقاهرة منذ مدة طويلة .

وحيث أن ما قام به الطاعن يشكل مخالفة بالغة الجسامة وخيانة منه لأمانة العمل المنوط به وإستهتار بكرامة وأمن الانسان وإعتداء على حريته مما يستوجب أخذه بالشدة زجراً له وردعاً لغيره من أمثاله الذين لا يعرفون للانسان حقه وكرامته وحرمته وأن جرمه هذا الذى كان أساس وسبب إجراء التبديد وبالتالى فإن فعل الطاعن الثابت فى تحريره محضر الحجز كاف وحده وهو على هذا القدر من الجسامة لتوقيع الجزاء الذى أوقعه القرار المطعون فيه فيما يكون معه القرار المطعون فيه قد قام على أسبابه الصحيحة وجاء متفقاً وحكم القانون .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبرفضه موضوعاً .

(الطعن رقم ٤٧٦٥ لسنة ٣٥ ق.ع)

(١٠)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الرابعة
جلسة السبت
١٩٩٤/٨/٦

حيث يخلص وجيز المنازعة فى أن النيابة الإدارية قدمت الطاعن وآخرين إلى المحكمة التأديبية

بالمنصورة وحيث إتهمته بأنه لم يحضر اللجنة المشكلة برئاسته لجرد تشوينات إحدى الشركات مما أدى إلى تعطيل عمل اللجنة كما رفض الاشتراك فى اللجنة المشكلة بقرار من المحافظ لجرد مشروع المساكن الجاهزة بهدف عرقلة أعمال اللجنة بالإضافة إلى إنقطاعه عن عمله لمدة تجاوز خمسة وعشرون يوماً بدون إذن وأيضاً أتهم بأنه صرف مبالغ للشركة بدون وجه حق بلغت مجموعها نصف مليون جنيه .

وحيث أنه بجلسة ١٩٨٨/٥/٢٢ قضت المحكمة التأديبية بحكمها الذى تضمن مجازاته الطاعن عن هذه المخالفات السالفة بالخصم من أجره لمدة شهرين تأسيساً على أن المخالفات المذكورة ثابتة فى حق الطاعن من أوراق الدعوى وشهادة الشهود واعتراف الطاعن فى التحقيقات التى أجريت معه ، أما مخالفة انقطاعه عن العمل فقد برأته منها المحكمة بعد أن تبين منها عدم صحتها . وقد نوهت المحكمة إلى أنه قد تم بحث جميع أوجه دفاع الطاعن من قبل جهة عمله ثم أثناء التحقيق معه بمعرفة النيابة الإدارية كما بحثتها تفصيلا المحكمة أثناء محاكمته أمامها .

وحيث أن المذكرة المقدمة من النيابة الإدارية قد وردت بها أن المخالفات المنسوبة للطاعن ثابتة فى حقه بالأوراق التى حفل بها ملف الدعوى وشهادة الشهود وإعتراف الطاعن بل أن المخالفة التى إشترك فى إرتكابها مع آخرين ثابتة هى الأخرى فى حقه بحكم أنه كان مدير المشروع ووقع على مستخلصات الصرف شاملة المبالغ التى وقعت بالزيادة عما هو مستحق للشركة . وقد طلبت النيابة الإدارية الحكم برفض الطعن .

وحيث أن الطاعن أقر فى التحقيقات التى أجرتها النيابة الإدارية بعدم حضوره إجتماع لجنة الجرد مبرراً بذلك بأنه والجهاز الذى يتبعه يمكن القيام بعمل اللجنة التى لا داع لها ، كما أقر أيضاً بأنه رفض الاشتراك فى اللجنة التى شكلها المحافظ لسحب المشروع من الشركة التى كانت قد تعاقدت على ذلك المشروع فعلاً ذلك بأن رئيس اللجنة أحدث منه وتوجد خلافات بينهما فى العمل وتم تسليمه بأنه ليس عضواً بها ولكن يقتصر دوره على تقديم الإيضاحات لأعضاء اللجنة والرد على إستفساراتهم .

وحيث أنه يخلص مما تقدم أن جميع المخالفات التى أدانته المحكمة التأديبية ثابتة فى حقه وأن صراعه وخلافاته مع رؤسائه وزملائه فى العمل قد أدت به إلى إرتكاب هذه المخالفات فضلاً عن إنشغاله بتوجيه الاتهامات الى هؤلاء والتشكيك فى ذمتهم وواجباتهم الوظيفية وإذا إنتهت المحكمة التأديبية بالمنصورة إلى ذلك فوقعت جزاء عقابياً على الطاعن عن المخالفات التى ارتكبها فإن حكمها يكون قد حرر على سند صحيح من الواقع والقانون على خلاف الطعن الماثل الذى يكون جديراً بالرفض .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبرفضه موضوعاً .

(الطعن رقم ٢٨٩٢ لسنة ٣٤ ق.ع)

(١١)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الأولى
دائرة منازعات الأفراد والهيئات
جلسة الأحد
١٩٩٤/١١/٦

إقامة المطعون ضدها بناءها دون مراعاة المسافة القانونية المقررة للطرق الرئيسية فإنها تكون قد خالفت

أحكام قانون الطرق العامة لأنه عند إقامة البناء المخالف فى عام ١٩٨٧ كان قد صدر قرار وزير النقل والمواصلات رقم ١٢٤ فى ١٩٨٦/١٢/١ بإعتبار الطريق العام الموصل من قويسنا إلى زفتى ماراً بحنون من الطرق الرئيسية ، ومن ثم فإنه كان من المتعين على المطعون ضدها أن تترك مسافة الارتداد القانونية المقررة للطرق الرئيسية ومقدارها ٢٥ متراً عند الشروع فى إقامة المبانى المزمع إقامتها .

وحيث أنه لا وجه لما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن المطعون ضدها عند إقامتها البناء كان الطريق حنون /قويسنا طريقاً إقليمياً وليس طريقاً رئيسياً ذلك أنه فى تاريخ إقامة البناء عام ١٩٨٧ كان قد صدر قرار وزير النقل والمواصلات منذ عام ١٩٨٦ بإعتبار الطريق المذكور سلفاً من الطرق الرئيسية وأن القرار المشار إليه قد تضمن فى مادته الثانية تعديل الخراط والكشوف الواردة بقرار وزير النقل رقم ٨١ لسنة ١٩٦٧ الذى إستند اليه الحكم المطعون فيه .

وترتيباً على ما تقدم فإن المطعون ضدها إذ أقامت مبناها سالف الذكر دون مراعاة المسافة القانونية الواجب تركها عند البناء على الطريق الرئيسى ، فإنها تكون مقامة على نحو غير صحيح قانوناً ويكون القرار المطعون فيه الصادر بإزالتها صدر متفقاً مع القانون ويضحى طلب وقف التنفيذ فاقداً لركن الجدية ومتعيناً رفضه ويكون الحكم المطعون فيه إذا قضى بغير ذلك فإن قضاءه يكون غير قائم على سند صحيح .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت المطعون ضدها المصروفات .

(الطعن رقم ٢٦٨٩ لسنة ٣٥ ق.ع)

(١٢)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٤/١١/٢٠

حيث أن مفاد نصوص المواد أو ٥ و٩ و١٨ من القانون رقم ١٢ لسنة ٨٤ بشأن إصدار الرى والصرف ، أن الترع العامة وجسورها والأراضى والمنشآت الواقعة بين تلك الجسور تعد من الاملاك العامة ذات الصلة بالرى والصرف وإذا كانت الفقرة الأخيرة قد استثنت من ذلك كل أرض أو منشآت تكون مملوكة ملكية خاصة للدولة أو مملوكة لغيرها إلا أن هذا الاستثناء وارد على خلاف قرينة قانونية بإعتبار الترع وجسورها وجميع الأراضى الواقعة بين الجسور من الأملاك العامة منوط بإثبات الملكية الخاصة للدولة أو لغيرها للأراضى أو المنشآت الواقعة فى حدود تلك الأملاك العامة أى أن عبء الاثبات والحالة هذه ملقى على عاتق من يدعى أنه يملك ملكية خاصة لأرض أو منشآت داخل حدود الأملاك العامة المشار إليها فإن لم يثبت بدليل قانونى قاطع وجود ملكية خاصة داخل هذه الأملاك العامة فالأصل هو ماقرره القانون من إعتبار مجرى الترع وجسورها وجميع الأراضى الواقعة بين الجسور من الأملاك العامة .

كما أن المشرع قد حظر إجراء أى عمل فى هذه الاملاك العامة ذات الصلة بالرى والصرف دون ترخيص بذلك من وزارة الرى وإلا إعتبر تعدياً على منافع الرى والصرف وكان لمدير عام الصرف والرى إزالة التعدى بالطريق الإدارى وكذلك فإن المشرع فى المادة الخامسة

قد جعل الأراضى المملوكة ملكية خاصة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو المملوكة للأفراد والمحصورة بين جسور الترع العامة وكذلك الأراضى الواقعة خارج منافع الترع لمسافة عشرين متراً قد حملها بقيود ، منها أنه لا يجوز بغير ترخيص من وزارة الرى إجراء أى عمل بالأراضى المذكورة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبإلغاء الحكم المطعون فيه وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ألزمت المطعون ضده المصروفات .

(الطعن رقم ٣٨٣١ لسنة ٣٥ ق.ع)

(١٣)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٤/١١/٢٧

إذا كان المطعون ضدهم قد أقاموا دعوى أمام محكمة القاهرة للأمور المستعجلة طلبوا فى ختامها الحكم بصفة مستعجلة أصلياً بعدم الإعتداد بقرار رئيس رئيس مجلس الوزراء رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٣ وإعتباره كأن لم يكن وعدم الاعتداد بقرار طرح عملية بيع وهدم مبانى العقارين الموضحين بالصحيفة فى مزايدة وبطلان جميع إجراءات المزايدة والترسية وتمكينهم من تسلم المبانى المذكورة لهدمها بمعرفتهم وإحتياطياً عدم الإعتداد بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٣ فيما تضمنه من الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على الأرض الفضاء الواقعة بالقطعة رقم ٣١ شارع اسماعيل كامل بحلوان وعدم الإعتداد بقرار طرح عملية بيع وهدم مبانى العقارين رقمى ٣١ و٤٠ بالشارع المذكور ، وبطلان إجراءات المزايدة والترسية .

قضت محكمة القاهرة للأمور المستعجلة بعدم إختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وباحالتها بحالتها إلى محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة .

إستندت هيئة قضايا الدولة فى ردها على الدعوى بمقولة أنه يكفى أن يصدر قرار بالمنفعة العامة وأن تستولى الجهة الإدارية على العقار المراد نزع ملكيته وتضع يدها عليه بالفعل دون حاجة لاتخاذ إجراءات نزع الملكية وأنه بتطبيق ذلك على الوقائع الماثلة ، بالإضافة إلى أن وزارة التربية والتعليم تضع يدها فعلا على القارين محل النزاع وتشغلهما بالطلاب وأنها فى حوزتها وصدر قرار بإعتبارهما منفعة عامة ومن ثم فلا حاجة لجهة الإدارة لاتخاذ إجراءات نزع الملكية .

وقد أصدرت محكمة القضاء الإدارى حكمها المطعون فيه والذى قضى بإلغاء القرار المطعون فيه وإنتهت فيه إلى أن التكييف الحقيقى للطلبات المدعين هو طلب الحكم بإلغاء قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٣ فيما تضمنه من اعتبار المشروعين محل الدعوى من أعمال المنفعة العامة والاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على هذين العقارين وتستغلهما كمدرستين الأمر الذى تنتفى معه العلة من تقرير صفة النفع العام والاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر طالما أن الغرض الذى تهدف إليه الجهة الادارية متحققاً فعلاً بطريق التعاقد بالإيجار خاصة وأن ما تزعمه الجهة الإدارية من أن ملاك العقارين أنذروهما بالإخلاء مما يؤدى إلى تشريد آلاف الطلاب

هو أمر لم يقم عليه دليل فى الأوراق ، كما أنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تلجأ إلى إصدار القرارات الادارية أو تنفيذها بالطريق المباشر ، تحايلاً وتهرباً من تنفيذ أحكام قضائية ضدها .

إذ الثابت من الأوراق أن حكماً صدر بإخلاء مبانى العقارين محل النزاع وتأييد هذا الحكم استئنافيا مما ينبىء عن أن الجهة الإدارية قصدت بإصدارها للقرار المطعون فيه تعطيل تنفيذ الحكم عند رغبة المدعين فى تنفيذه .

وإنه ولئن كانت للجهة الإداية سلطة تقديرية فى اختيار موقع العقار الذى تقرر نزع ملكيته للمنفعة العامة الآ أن ذلك مقيد بتوخى المصلحة العامة وعدم إساءة إستعمال السلطة وفى الحالة المماثلة فإن الجهة الإدارية كان يمكنها أن تحصل على ما تريده من أراضى الدولة الموجودة بمنطقة حلوان أو بالشراء من الأفراد دون حاجة الى المساس بالملكية الخاصة للمدعين .

وحيث أن حق الملكية الخاصة من الحقوق الفردية الأساسية التى حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة على النص على حمايتها وعلى أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى وإنه لا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض .

وإذا كان المشرع فى القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ قد أجاز نزع الملكية فقد حرص على أن يحيط نزع الملكية للمنفعة العامة بسياج من الاجراءات القانونية الجوهرية التى تكفل تحقيق الغرض من نزع الملكية بحسبان أن ذلك طريقاً استثنائياً لا يجوز اللجوء إليه إلا حيث لا يمكن تحقيق الغرض من المشروع بغير هذا السبيل فإن أمكن تحقيقه بالوسائل المعتادة مثل التعاقد إيجارياً أو بيعاً فإن تلك الوسائل تكون هى الواجبة الاتباع . ولا يغير ما تقدم ما ساقه الحكم المطعون فيه من أن الجهة الإدارية بعدما أصدرت قرارها المطعون فيه أعلنت عن مزايدة عامة لهدم مبانى العقارين محل النزاع وهو مايكشف عن الهدف الحقيقى من القرار المطعون فيه وهو مجرد الاستيلاء على هذه المساحة الضخمة بأقل ثمن ممكن لأن ذلك مردود عليه بأنه فضلا عن أن الثابت من الأوراق أن المزايدة التى أعلن عنها كانت مزايدة عامة لهدم بعض المبانى التى تشغلها العديد من المدارس بمناطق مختلفة بالقاهرة وأنه بالنسبة للمدرستين الكائنتين بالعقارين محل النزاع لم يعلن إلا عن هدم جناحين منهما فقط ومن ناحية أخرى فإن الثابت من الأوراق أن المبانى التى تشغلها المدرستين مبان قديمة وآيلة للسقوط وهو ما أفصح عنه المطعون ضدهم .

وحيث أنه يخلص من كل ما تقدم إلى أن القرار المطعون فيه صدر بقصد تحقيق منفعة عامة وأن الأوراق تخلو من أن الجهة الإدارية تنكبت وجه المصلحة العامة فى إصداره أو اتخذته بباعث منبت الصلة بها وأنها إذ اتخذته بما لها من سلطة فى تحديد العقارات التى يشملها التخصيص للنفع العام بما تراه محققاً للمصلحة العامة وما يجتمع لها من مقومات الخبرة والدراسة فإن القرار يكون قد صدر صحيحاً ولا وجه للنعى عليه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبإلغاء الحكم المطعون فيه رفض دعوى المطعون ضدهم وألزمتهم المصروفات .

(الطعن رقم ٢٥٩٧ لسنة ٣٤ ق.ع)

(١٤)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الأولى
دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات
جلسة الأحد
١٩٩٤/١١/٢٧

صدور قرار رئيس الجمهورية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٦٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم وزارة الأوقاف ولائحة إجراءاتها وينص فى المادة (١) منه على أن يضاف إلى المادة (أ) من القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه فقرة أخيرة مؤداها « كما تتولى وزارة الأوقاف إدارة المساجد سواء صدر بوقفها إشهار أم لم يصدر على أن يتم تسليم هذه المساجد خلال مدة أقصاها عشر سنوات تبدأ من تاريخ العمل بهذا القانون ويكون للوزارة الإشراف على إدارة هذه المساجد إلى أن يتم تسليمها وتولى أيضاً الإشراف على إدارة الزوايا التى يصدر بتحديدها قرار من وزير الأوقاف وتوجيه القائمين عليها لتؤدى رسالتها الدينية على الوجه الصحيح » .

وحيث ورد باللمذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه لكى يتم التوجيه الدينى فى البلاد على وجه محكم فإن الأمر يقتضى وضع سياسة عامة لجميع المساجد والزوايا فى المدن والقرى تستهدف بقاء المادة العلمية وسلامة الوجهة التى يعمل لها الخطباء والمدرسون ، وقد لوحظ أن عدداً كبيراً من المساجد لا يخضع لإشراف وزارة الأوقاف وهذه المساجد يسيطر عليها الإرتجال ويترك شأنها للظروف ، ولا يوجد بها من يحمل مسئولية التعليم والإرشاد ، ولما كان بقاء هذه الحال قد ينقص من قيمة التوجيه الدينى ويضعف الثقة برسالة المساجد ويفسح الطريق لتبنى البدع والخرافات خصوصاً وأن مايقال فوق منابر المساجد إنما يقال باسم الله ، لذلك فإن الأمر يقتضى وضع نظام للإشراف على هذه المساجد بحيث يكفل تحقيق الأغراض العليا من التعليم الدينى العام وتوجيه النشىء وحمايتهم من كل تفكير دخيل .

وقد رؤى أن تتولى وزارة الأوقاف إدارة جميع المساجد سواء صدر بوقفها إشهار أم لا .. حتى تنتظم مع مساجد الوزارة فى أداء واجبها الدينى على نحو سليم .

وحيث أن الدولة إدراكاً لرسالتها فى دعم التوجيه الدينى فى البلاد على وجه محكم وتأكيداً لمسئوليتها فى التعليم والإرشاد وما يتطلبه ذلك من وضع سياسة عامة لجميع المساجد والزوايا فى كافة أرجاء الدولة .

وإذ كان مقتضى تنفيذ وزارة الأوقاف للمهمة الملقاة على عاتقها بموجب القانون المشار اليه أن تبادر الوزارة بإستلام جميع المساجد القائمة آنذاك وكان تنفيذ هذه المهمة يقتضى توافر المال اللازم لذلك وأن حل هذه المساجد إن لم يكن لها موارد ينفق عليها منها وأن الصرف عليها سيكون مما يمنح لوزارة الأوقاف ومن ثم فقد راعى القانون النص على أن يتم تسليم المساجد خلال عشر سنوات وهذا الميعاد هو ميعاد تنظيمى قصد به افساح المجال حتى تتمكن الوزارة من توفير المال اللازم الذى يتطلبه تنفيذ القانون وبناء على ذلك ، فلا تثريب على وزارة الأوقاف فى القيام فى أى وقت بتسليم أى عدد من المساجد سواء ما كان منها قائماً وقت العمل بالقانون وما يقام منها بعد ذلك طبقاً لما يتوفر لديها من إعتمادات مالية لإدارتها حسبما يمليه عليها القانون ودون أن تقيد فى هذا الشأن بمدة العشر سنوات سالفة الذكر ويكون تصرف الوزارة فى هذا الشأن مشروعاً ومتفقاً مع أحكام القانون .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبرفضه موضوعاً وألزمت الطاعن المصروفات .

(الطعن رقم ١٩٤٦ لسنة ٣٥ ق.ع)

(١٥)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٤/١١/٢٧

سلطة وقف التنفيذ مشتقة من سلطة الإلغاء ومتفرعة عنها ومرد كل منهما إلى الرقابة القانونية التى يسلطها القضاء الإدارى على القرارات الإدارية عل أساس وزنها بميزان المشروعية فأوجب على القضاء الإدارى ألا يوقف قراراً إدارياً إلا إذا تبين له - بحسب الظاهر من الأوراق ودون المساس بطلب الإلغاء توافر ركنين أساسيين أولهما قيام حالة الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها ، وثانيهما يتصل بمبدأ المشروعية بأن يكون إدعاء الطالب بحسب الظاهر من الأوراق قائماً على أسباب جدية وكلا الركنين من الحدود القانونية التى تحت سلطة المحكمة فى وقت تنفيذ القرار الإدارى وتخضع فى ذلك لرقابة المحكمة الإدارية العليا فإذا كان البادى من الأوراق أنه بتاريخ ١٩٨٨/١٠/٨ صدور القرار المطعون فيه متضمناً إزالة التعديات الواقعة فى ضوائع التنظيم بالأرض الفضاء على ناصية شارعى البشرى والخليج المصرى وهى عبارة عن بناء سور من الطوب الأحمر بإرتفاع ٣ر٥ متراً وبوابة حديد وبتاريخ ١٩٨٨/١١/٢٩ قامت شرطة المرافق بازالة السور والبوابة المشار إليهما تنفيذاً للقرار المطعون فيه وتحرر بذلك المحضر رقم ٨٥٧٦ إدارى حدائق القبة الأمر الذى يتظاهر على أن القرار المطلوب وقف تنفيذه قد تم تنفيذه بالفعل فى تاريخ سابق على أول جلسة من الجلسات التى عينتها المحكمة لنظر طلب وقف التنفيذ وهى جلسة ١٩٨٩/٤/٦ الأمر الذى ينتفى معه محل طلب وقف التنفيذ وسنده حيث لم يلق بعد تمام الإزالة محلاً لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه بزوال المحل المطلوب وقف تنفيذه وإنتفاء الاستعجال الموجب لتوقى النتائج التى يتعذر تداركها فى حالة التنفيذ وذلك بوقوع المحظور وتمام تنفيذه الأمر الذى تنتهى معه المحكمة من طلب وقف التنفيذ دون المساس بحقه فى الطعن بالإلغاء أو التعويض إن كان لذلك محل .

ومن حيث أنه ترتيباً على ما تقدم - يكون طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه - فاقداً لركن من أركانه وهو الاستعجال الأمر الذى يتعين معه القضاء برفضه إذا انتهجت المحكمة غير هذا المنهج وقضت بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه استناداً إلى توافر ركن الاستعجال رغم ثبوت الإزالة بموجب نحو شرطة المرافق المشار إليه والوارد بحافظة مستندات الحكومة المطروحة عليها بجلسة ١٩٨٩/١١/٢٣ فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون وجعلت حكمها منتزعاً من أصول لا تنتجه مادياً ولا قانوناً مما يتعين معه - والحال هذه - القضاء بإلغاء الحكم المطعون فيه فيما قضى به من وقف تنفيذ القرار المطعون فيه والقضاء برفض طلب وقف التقيد .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت المطعون ضده المصروفات .

(الطعن رقم ١٤٤٩ لسنة ٣٦ ق.ع)

(١٦)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٤/١٢/٢٤

قضاء المحكمة الإدارية العليا استقر على أن صدور القرار الإدارى من جهة غير منوط بها إصداره قانوناً يعيبه بعيب عدم الاختصاص ومخالفة القانون طالما كان فى ذلك افتئات على سلطة جهة أخرى لها شخصيتها المستقلة .

وحيث أن البادى من ظاهر الأوراق أن السبب الذى بنى عليه القرار المطعون فيه وإتجهت إليه إرادة مصدره هو إزالة التعدى على حرم الطريق السريع بسكة طنطا حيث أقام مبنى النزاع على حافة ترعة نوارة ويبعد عن حد الطريق الأسفلت بحوالى ثمانية أمتار فإن المخالفات التى يمكن نسبتها إلى المبنى موضوع النزاع كما أوضح القرار المطعون فيه هى مخالفة أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ فى شأن الطرق العامة والتى حظرت المادة ١٠ منه إستغلال الأراضى الواقعة على جانبى الطرق العامة فى المسافات التى حددتها فى غير أغراض الزراعة وهى خمسون متراً بالنسبة للطرق السريعة وخمسة وعشرون متراً بالنسبة للطرق الرئيسية وعشرة أمتار بالنسبة للطرق الاقليمية بالإضافة إلى مخالفة أحكام قانون الرى والصرف الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ والتى حظرت المادة (٥) منه إجراء أى عمل بالأراضى المملوكة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو المملوكة للأفراد والمحصورة بين جسور النيل أو الترع العامة أو المصارف العامة وكذلك الأراضى الواقعة خارج جسور النيل لمسافة ثلاثين متراً وخارج منافع الترع والمصارف لمسافة عشرين متراً إلا بترخيص من وزارة الرى .

والسبب الصحيح الذى بنى عليه القرار وإتجهت إليه صراحة إرادة مصدره هو إزالة التعدى على حرم الطريق السريع بسكة طنطا وهو ما لا تملكه وإنما تملكه جهة إدارية أخرى لها شخصيتها المستقلة وقد أناط بها القانون وحدها دون غيرها سلطة إصدار قرارات إزالة التعدى بالطريق الإدارى .

وحيث أنه ترتيباً على ما تقدم يكون الحكم المطعون فيه فيما إنتهى إليه من وقف تنفيذ القرار المطعون فيه قد صادف صحيح حكم القانون الأمر الذى يتعين معه الحكم بقبول الطعن شكلاً وبرفضه موضوعاً .

(الطعن رقم ٢٨١٩ لسنة ٣٥ ق.ع)

(١٧)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٤/١٢/٤

لا يلزم تقديم السلاح لمطابقته للأوصاف الواردة بالترخيص عند تقديم طلب التجديد وإنما يلزم ذلك عند تسليم الترخيص مجدداً فإن ذلك يفترض بداهة وبالضرورة أن يكون السلاح فى حوزة مقدم الطلب عند تقدمه بطلب تجديد ترخيصه ولا يتصور أن يتقدم

الطالب بطلب تجديد ترخيص سلاحه وهو فى حوزة الإدارة وليس فى حوزته بالإضافة إلى أنه لكى يتم تسليم الطالب الترخيص مجدداً فلابد من إجراء المطابقة الفنية والتحقق من أوصاف السلاح فكيف يتسنى ذلك والسلاح محبوس تحت يد جهة الإدارة وحتى بغرض إستجابة جهة الإدارة لطلب الطاعن تجديد ترخيصه فإنها لن تسلمه ما يفيد التجديد لضرورة أن يتقدم بسلاحه للمطابقة وهو ليس بحوزته بالفعل ويضحى طلب التجديد غير سائغ من حيث المنطق والواقع .

وحيث أنه بالبناء على ما تقدم يكون القرار المطعون فيه بإلغاء ترخيص سلاح الطاعن لعدم تقديم طلب تجديده فى الميعاد غير قائم على أساس سليم من القانون والواقع ويتعين الحكم بإلغائه .

وحيث أنه عن طلب الطاعن الحكم له بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التى أصابته من جراء تنفيذ القرار المطعون فيه فإن من المسلم به أن مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية غير المشروعة تقوم على أركان ثلاثة هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما وإذا كان هذا الحكم قد إنتهى على النحو السالف إلى أن القرار المطعون فيه قد جاء على خلاف التطبيق الصحيح لأحكام القانون مما يشكل خطأ فى جانب جهة الإدارة إلا نه لا يبين من الأوراق أن ثمة ضرر قد أصاب الطاعن مما يستوجب القضاء له بالتعويض الذى يجبر هذا القرار ولم يقدم الطاعن أية مستندات تبين عناصر هذا الضرر ، ومن ثم لا تتكامل أركان مسئولية الإدارة المتطلبة لتحقيق مسئوليتها ويتعين تبعاً لذلك رفض طلب التعويض عن القرار المطعون فيه

وكانت الدعوى قد أقيمت ابتداءً أمام محكمة القضاء الإدارى بطلب الحكم بصفة مستعجلة بمسودة الحكم الأصلية بوقف تنفيذ قرار جهة الإدارة الصادر بالغاء الترخيص الصادر له وسحب السلاح منه وفى الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه مع مايترتب على ذلك من آثار ، والحكم له بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية .

قضت المحكمة برفض الدعوى وألزمت المدعى المصروفات وثبوت قضاؤها على أن الثابت من الأوراق أن المدعى كان يحمل ترخيصاً بحمل السلاح ينتهى فى ١٩٨٦/١٢/٣١ وأنه لم يتقدم بطلب التجديد إلا فى١٩٩٠/٦/٩ طبقاً لما قرره بعريضة دعواه أى بعد المدة التى حددها القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٣ وبالتالى يكون القرار المطعون عليه بإلغاء هذا الترخيص قائماً على سببه .

ولما لم يرتض الطاعن هذا الحكم فقد أقام طعناً بطلب الحكم بقبوله شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبإلغاء القرار المطعون فيه وإلزام الجهة الإدارية .

قدمت هيئة مفوضى الدولة تقريراً بالرأى القانونى مسبباً ارتأت فى ختامه الحكم بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبالتالى القرار المطعون فيه فيما تضمنه من إلغاء الترخيص الصادر للطاعن بحمل السلاح وسحبه منه مع مايترتب على ذلك من آثار وبرفض طلب الطاعن للتعويض وإلزام الطرفين بالمصاريف المناسبة .

(الطعن رقم ٥٤٣ لسنة ٣٩ ق.ع)

(١٨)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/١/٧

سلطة توزيع القائمين بمهنة التدريس على المدارس بمختلف مراحل التعليم وتقدير مدى ملاءمة هذا التوزيع بالنسبة إلى كل مادة من مواد الدراسة فى ضوء ما تسفر عنه حاجة مرفق التعليم ليس من إختصاص المسئول عن إدارة كل مدرسة وإنما هو أمر منوط بالسلطة المختصة بمديرية التربية والتعليم بالمحافظة التى لها أن تنقل المدرس بذات وظيفته ودرجته من مدرسة إلى مدرسة أخرى وفقاً لمتطلبات صالح العمل ودواعيه دون معقب عليها من جهة القضاء مادام قد خلا قرارها بالنقل من شائبة الانحراف بالسلطة ولم تتعسف فى إصداره أو تهدر حقاً للمدرس المنقول أو تخالف أحكام القانون .

وكان المدعى قد أقام طعناً أمام محكمة القضاء الإدارى (دائرة الجزاءات) ضد السيدين محافظ الجيزة ووكيل وزارة التربية والتعليم بالجيزة طلب فى ختامها الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار نقله من مدرسة إلى مدرسة أخرى وما يترتب على ذلك من آثار وإلزام الجهة الإدارية المصروفات .

إلا أن محكمة أول درجة رفضت الدعوى وشيدت قضائها على أنه يجوز للإدارة أن تنقل المدعى حسب حاجات العمل وإنتهت أيضاً إلى أن قرار نقله يكون قد تغيا الصالح العام وجاء متفقاً مع حكم القانون مما يتعين الحكم برفض الدعوى .

إلا أن المدعى لم يرتضى ذلك الحكم وأقام طعناً أمام المحكمة الإدارية العليا لإلغاء القرار الصادر سالف الذكر لما شابه من خطأ فى تطبيقه القانون والمخالفة له .

وقضت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبإلغاء قرار النقل المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الطعن رقم ٤٢١٣ لسنة ٣٩ ق.ع)

(١٩)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/١/٧

لما كان المدعى قد أقام دعواه أمام محكمة القضاء الإدارى (دائرة التسويات ضد السيد اللواء وزير الداخلية والسيد اللواء مساعد أول وزير الداخلية ورئيس مجلس إدارة أكاديمية الشرطة بطلب الحكم له بقبول دعواه شكلاً وفى الموضوع بإلغاء قرار مجلس إدارة أكاديمية الشرطة والمعتمد من السيد وزير الداخلية فيما تضمنه من إغفال منح المدعى لقب وظيفة مدرس بقسم القانون الجنائى وما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث قضت محكمة أول درجة برفض الدعوى تأسيساً على أنه لما كانت لجنة فحص الانتاج العلمى للمرشحين لشغل وظيفة مدرس بقسم القانون الجنائى وعلم الإجرام بكلية الشرطة قد شكلت بقرار مجلس إدارة الأكاديمية والمعتمد من السيد وزير الداخلية من

أساتذة القانون الجنائى مشهود لهم بالكفاءة ولا ينال من صحة تشكيلها إشتراك السيد الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور وزير التعليم آنذاك فى أعمالها لأن تعينه وزيراً ينبغى ألا يحجب عنه صفة الأستاذية ولا يسلبه إياها ولا وجه لما يذهب إليه المدعى من أن أعضاء هيئة التدريس الذين يحق لهم الإشتراك فى عضوية لجان فحص الإنتاج العلمى هم الأساتذة والأساتذة المساعدون والمدرسون وذلك طبقاً لقانون تنظيم الجامعات رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ .

إن هذا التحديد ورد فى نصوص الرواتب المالية للوظيفة وتحديد شروط شغلها ولكنه لا يسلب صفة الأستاذية لمن اكتسبها وأصبحت علاقته بالجامعة من خلال عمله بها كأستاذ غير متفرغ أو أستاذ متفرغ فإذا كان ذلك وكانت اللجنة قد باشرت عملها وفقاً للأصول والضوابط الموضوعية السليمة ولم تجاوز فى تقييمها رسائل دكتوراه المتقدمين من إختصاصاتها لأنها وقفت عند حد الإطار الخارجى للرسائل من حيث الموضوع واللغة وغزارة البحث ومدى أهميته بالنسبة لموضوع التخصص الدقيق وتلك أمور تدخل جميعها فى مجال بيان استثناء المرشح لما تشترطه المادة ٦٦ من القانون سالف الذكر من الحصول على الدكتوراه فى مادة تؤهل لشغل الوظيفة وأن العبرة فى توافر هذا الشرط وغيره من الشروط اللازمة لشغل الوظيفة بوقف التعيين وهو أمر قد يتوافر لكافة المرشحين الذين فاضلت اللجنة بينهم على أسس صحيحة وموضوعية تكفل المساواة بينهم فى معايير التقيم ونتائجه وبذلك تكون الدعوى فاقدة لسندها من الواقع أو القانون جديرة بالرفض .

ولما لم يرتضى المدعى ذلك الحكم فقد أقام طعناً أمام المحكمة الإدارية العليا وإستند إلى أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون ذلك لأنه لم يعمل القواعد المنصوص عليها فى المادة سالفة الذكر بدليل أن أحد المرشحين كان متقدماً رسالة دكتوراه فى الشريعة الإسلامية وليس فى علم الإجرام والقانون المثالى .

كما أن القرار المطعون فيه قد صدر باطلاً ومخالفاً لقواعد جوهرية للشكل والإجراءات لأن لجنة فحص الانتاج العلمى مشكلة تشكيلاً باطلاً إذ أن كلاً من السيد الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى والسيد الأستاذ أحمد فتحى سرور لم يكونا عند إشتراكهما فى اللجنة أستاذين فى حكم المادة ١٥ مكرر (٢) من القانون رقم ٩١ لسنة ٧٥ بإنشاء أكاديمية الشرطة وفى حكم القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ لأنهما لم يكونا ضمن أعضاء هيئة التدريس فالأول كان رئيس جامعة القاهرة على سبيل التذكار والثانى كان وزيراً للتعليم هذا بالإضافة إلى أن قرار الترشيح لم يصدر من مجلس إدارة أكاديمية الشرطة وإنما صدر من رئيس الأكاديمية ورئيس المجلس منفرداً ، وقد إنتهت المحكمة إلى إلغاء القرار المطعون فيه وإلغاء الحكم الصادر من محكمة أول درجة إستناداً إلى أن منح لقب وظيفة بهيئة التدريس بأكاديمية الشرطة لأحد ضباط هيئة الشرطة ممن يستوفى طبقاً لقانون الجامعات شروط شغل الوظيفة التى تمر بإجراءات عديدة إذ يلزم عرض أمر المتقدمين على لجنة فحص الإنتاج العلمى يشكلها مجلس إدارة الأكاديمية سنوياً من بين أساتذة الجامعات وذلك بعد موافقة مجلس الجامعة المختص ثم يعرض التقرير على مجلس إدارة الأكاديمية ثم يعتمد ما نهى إليه مجلس الإدارة من ترشيح على السيد وزير الداخلية ، ويجب لكى يكون تشكيل اللجنة صحيحاً أن يكون من يشترك فى مضمونها من أساتذة الجامعات يستوى فى ذلك أن يكون من أعضاء هيئة التدريس وشاغلاً للوظيفة فعلاً أو على سبيل التذكار متفرغاً أو غير متفرغ .

فإذا كان ذلك وكان قرار إشتراك أحد أعضائها غير صحيح لسبب عدم الحصول على موافقة الجهة المنوط بها التصريح له بهذا فإنه لا يكون للجنة كيان قانونى صحيح ويحيط عملها ويكون قرارها قراراً باطلاً بطلاناً أصلياً لهذا السبب ولو صدرت بالإجماع وهذا البطلان ينسحب إلى القرار الصادر بناء عليه والقرارات التى تتبعه أو تستند إلى وجوده إذ أن كلاً منها بمثابة الأساس لما بعده وهى جميعها حلقات متكاملة يتركب من مجموعها القرار الأخير .

(الطعن رقم ١١٦٣ لسنة ٣٨ ق.ع)

(٢٠)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/١/٧

إذا كانت الجهة الإدارية قد رأت أن الصالح العام يقتضى نقل الطاعن إلى وظيفة أخرى وذلك تحقيقاً لصالح العمل وفى نطاقه السلطة التقديرية لجهة الإدارة ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد صدر مستنداً إلى أسباب صحيحة مبررة متفقاً وحكم القانون .

بمعنى آخر فإنه يجوز للسلطة المختصة نقل العامل من وحدة إلى أخرى ومن إدارة إلى إدارة أخرى ومن مكان إلى مكان آخر ، طالما أن هذا النقل لا يترتب عليه تفويت الفرصة على العامل فى الترقية بالأقدمية ، وعلى أن تكون الوظيفة المنقول إليها معادلة للوظيفة المنقول منها ويصدر قرار النقل من السلطة المختصة بالتعيين والنقل المكانى بهذه المثابة إذا كان وفقا لمقتضيات الصالح العام وصالح العمل فإن للإدارة الحق فى أن تجريه فى الوقت الذى تراه ملائماً لذلك بما تتمتع به من سلطة تقديرية فى هذا الشأن مادامت قد تغيت بإصدار هذا القرار الصالح العام ولم تتعسف فى إستعمال سلطتها أو تنحرف بها ولم تخالف أحكام القانون .

وإذا كان الثابت من الأوراق أن الجهة الإدارية قد أصدرت القرار المطعون فيه بنقل الطاعن من وظيفة مدير الزراعة بمركز جرجا إلى مفتش أول متابعة بمديرية الزراعة بسوهاج ، وكان ذلك تحقيقاً للصالح العام ولصالح العمل وبما تملكه هذه الجهة الإدارية من سلطة تقديرية فى هذا الشأن وأن هذا القرار لم يترتب عليه تفويت فرصة الترقية على الطاعن وأن الوظيفة المنقول منها تعادل تماماً الوظيفة المنقول إليها وقد خلت أوراق الطعن مما يفيد أن الجهة الإدارية قد تعسفت أو أساءت إستعمال سلطتها أو إنحرفت بها أو إنها تغيت غاية غير تحقيق الصالح العام خاصة بعد أن تحققت هذه الجهة من أن وجود الطاعن فى وظيفة أصبح يتعارض مع مقتضياتها ومع حسن سير العمل وإنتظامه على النحو المشار إليه سلفاً والذى ثبت من صدور حكم المحكمة التأديبية بأسيوط لمجازاته بخصم عشرة أيام من راتبه لما أسند إليه من مخالفات تتعلق بواجبات وظيفته الأمر الذى يؤكد ما جاء بتقرير الجهة الإدارية من سوء إدارة الطاعن للعمل بالإدارة الزراعية بجرجا ومن ثم فإن مقتضى ذلك ولازمته ضرورة إتخاذ الجهة الإدارية الإجراءات اللازمة لإعادة توزيع العمل بين العاملين لديها مما يحقق صالح العمل وحسن سيره على النحو الذى يؤدى الى إنتظام العمل وإستقراره وتحقيق أغراضه وإنضمامه ومن ثم فإذا أصدرت الإدارة القرار المطعون فيه وقد راعت فى إصداره القواعد القانونية المقررة فى هذا الشأن على النحو سالف الذكر فإن قرارها ذلك يكون قد إستند إلى سبب صحيح يبرره متفقاً وأحكام القانون ويكون الطعن عليه قد بنى على غير أساس واجب الرفض .

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع برفضه موضوعاً .

(الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٣٨ ق.ع)

(٢١)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/١/٧

تحديد الجدول الذى ينطبق على العامل من تلك الجداول إنما يتم بمراعاة مركزه الوظيفى فى تاريخ العمل بالقانون فى ١٩٧٤/١٢/٣١ وبحسب مجموعته الوظيفية فى بداية تعيينه والمؤهل الحاصل عليه ، وشغل الوظيفة بموجبه ومن أجل ذلك كانت أحكام الجدول الثالث تقتصر على العاملين المعينين إبتداءً من الفئة العاشرة أو التاسعة أو الثامنة من مجموعة الوظائف الفنية أو المهنية أما من يعين بمؤهله المتوسط أو الأقل من المتوسط فى مجموعة الظائف المتوسطة فإن أحكام الجدول الثانى أو الرابع هى التى تطبق على حالته بغض النظر عن طبيعة الوظيفة التى عين عليها مادام أن المؤهل الدراسى الحاصل عليه كان متطلباً للتعيين فيها .

أقام المدعى دعواه أمام محكمة القضاء الإدارى دائرة التسويات طالباً الحكم بأحقيته فى تسوية حالته طبقاً للجدول الثالث المرفق بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٧٥ ومع ما يترتب على ذلك من آثار قضت المحكمة بأحقية المدعى فى تسوية حالته الوظيفية وصرف الفروق المالية مع مراعاة التقادم الزمنى وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

أقامت الجهة الإدارية طعناً على ذلك الحكم وانتهت المحكمة إلى أن الثابت من الأوراق أن الجدول الواجب التطبيق على حالة المدعى هو الجدول الرابع دون سواه ولا يجوز تطبيق الجدول الخاص بالعمال المهنيين والفنيين على حالته وتكون دعواه من ثم غير قائمة على أساس سليم من القانون جديرة بالرفض ، ويكون الحكم المطعون فيه وإذ لم يأخذ بهذا النظر قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه الأمر الذى يتعين معه الحكم بإلغاء الحكم المطعون فيه ورفض الدعوى وألزمت المدعى المصروفات .

(الطعن رقم ٢٩٦٠ لسنة ٣٤ ق.ع)



(٢٢)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/١/١٤

من المقرر أن مناط مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة منها هو وجود خطأ من جانبها بأن يكون القرار الإدارى غير مشروع أو يشوبه عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها فى قانون مجلس الدولة وأن يحيق بصاحب الشأن ضرر وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

ومن ناحية أخرى فإن المشرع قد أجاز لدواعى العمل ندب العامل إلى وظيفة مماثلة لوظيفته أو لوظيفة تتوافر فيها شروط شغلها أو وظيفة تعلوها مباشرة فى ذات الجهة لمدة سنة قابلة للتجديد سنة واحدة أخرى وأن ندب العامل يجب أن يراعى فيه ما يقوم عليه النظام الموضوعى للوظائف من تقسيم وظائف كل وحدة أو شركة إلى مجموعات نوعية تعتبر كل منها وحدة متميزة ومستقلة فى كافة الشئون الوظيفية من تعيين وترقية ونقل وندب وبالتالى فإن نقل العامل من وظيفته الأصلية يجب أن يكون لوظيفة

أخرى فى ذات المجموعة النوعية ومن ثم فلا يجوز ندب العامل من وظيفته التى يشغلها إلى وظيفة غير مجموعة نوعية أخرى .فضلا عن أن الندب هو أمر موقوت بطبيعته إذ يتم على أساس التوقيت وليس على أساس الاستقرار والدوام ، ومن ثم فقد أناط المشرع إجراءه برئيس مجلس الإدارة أو من يفوضه دون أن يستوجب عرضه على لجنة شئون العاملين فضلاً عن أنه عرضه للإلغاء فى أى وقت بزوال أسبابه ودواعيه وهو لا يجوز أن يستطيل على أو نحو من سنتين كحد أقصى ومن ثم فإنه لا يرتب للعامل مركز قانونى نهائى يمكن له أن يحتج به من مواجهة جهة الإدارة .

(الطعن رقم ٤٢٥٨ لسنة ٣٧ ق.ع)

(٢٣)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/١٤

إضطراد أحكام المحكمة الإدارية العليا على أنه من المسلم به فقهاً وقضاءً أن العبرة فى الحكم هي بنسخته الأصلية التى يحررها الكاتب ويوقع عليها القاضى وتحفظ فى ملف الدعوى وتكون هى المرجع فى أخذ الصورة التنفيذية وفى إستخراج الصور طبق الأصل وفى الطعن عليه من ذوى الشأن الأمر الذى يتعين معه وجوب أن يكون الحكم مستكملاً لشروط صحته ومن بينها بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم وهم القضاة الذين فصلوا فى الدعوى أى الذين إشتركوا فى المداولة فإذا انطوى الحكم على تجهيل بأسمائهم ترتب على ذلك بطلان الحكم ولا يغير من ذلك توقيعهم على مسودة الحكم حيث أن المسودة لا تغنى عن كتابه كامله للحكم بما فيها بيان بأسماء القضاة الذين أصدروه وإيداعها ملف الدعوى فإذا خلت نسخة الحكم الأصلية من هذه الأسماء أو بعضها كان الحكم باطلا ولما كان البطلان فى هذه الحالة يتعلق بالنظام العام تتحراه محكمة الطعن بحكم وظيفتها وتحكم به من تلقاء نفسها دون حاجة إلى الدفع أو التمسك به فيتعين بالتالى القضاء ببطلان الحكم المطعون فيه وإعادة الدعوى الى محكمة القضاء الإدارى (دائرة التسويات) لتفصل فى موضوعها محدداً ومن هيئة أخرى .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة ببطلان الحكم المطعون فيه وبإعادة الدعوى إلى محكمة القضاء الإدارى (دائرة التسويات) للفصل فيها مجدداً من هيئة أخرى .

(٢٤)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/١٤

منح المشرع العامل الحق فى التظلم من تقرير كفايته للجنة التى أنشأها لهذا الغرض خلال عشرين يوماً من تاريخ علمه وتلك ضمانة حباها المشرع إدراكاً منه لمدى الخطورة التى يرتبها التقرير فى حياته الوظيفية وحتى يتأتى له إبداء ما يعن له من مطاعن على التقرير خلال العشرين يوماً المذكورة ولم يعتبر المشرع التقرير الذى قدم عنه التظلم فى الميعاد بمثابة قرار إدارى نهائى حتى يتم البت فيه فإن فصل فيه

بالرفض أعتبر بذلك قراراً إدارياً نهائياً وتعين بالتالى إختصامه بدعوى الإلغاء حيث يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ الإخطار أو برفض التظلم ولا مساغ للأخذ بقرينة الرفض الضمنى المستفاد من فوات ستين يوماً على تقديم التظلم دون البت فيه .

أى أن تقرير الكفاية لا يعتبر نهائياً إلا بعد إنقضاء ميعاد التظلم أو البت فيه .

وحيث أن قرار لجنة شئون العاملين بتقدير كفاية العامل شأن أى قرار إدارى يجب أن يقوم على سببه المبرر له قانوناً ولا يتأتى ذلك إلا بقيام هذا السبب على عناصر ثابتة ومستخلصة إستخلاصاً سائغاً من ملف خدمة العامل ومتعلقة بعمله خلال السنة التى قدم التقرير عنها ومؤدى ذلك أن تقدير لجنة شئون العاملين ليس طليقاً من كل قيد بل هو مقيد بالبيانات المتعلقة بعمل العامل عن السنة الموضوع عنها التقرير والتى تجد أصلها فى الأوراق وعلى الأخص ملف الخدمة فإذا خلت الأوراق مما يمكن أن يصلح سنداً لما ذكرته اللجنة من أسباب مرسلة لبيانات كفاية العامل فقد قرارها السبب المبرر له قانوناً .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبقبول الدعوى شكلاً وفى موضوعها بإلغاء القرار المطعون فيه فيما تضمنه من خفض تقدير كفاية الطاعن من مرتبة ممتاز الى مرتبة جيد جداً مع ما يترتب على ذلك من آثار ألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الطعن رقم ١١٣٥ لسنة ٣٤ ق.ع)

(٢٥)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/١٤

العامل الذى يندب للعمل بتنظيمات الاتحاد الاشتراكى السابقة من مصالح الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة أو الشركات التابعة لها يستحق من الجهة المنتدب منها كامل ما يصدق عليه وصف رواتب أو تعويضات أو أجور أو مكافآت أو بدلات أو أية ميزة وظيفية أخرى وذلك على وجه العموم دون تخصيص فى ذلك فيستحق العامل المنتدب للإتحاد الإشتراكى هذه المميزات أيا كان نوعها ولا يجوز حرمانه منها أياً كان مسماها لأن الحرمان منها فى هذه الحالة يكون بالمخالفة لأحكام قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٦٨ باعتبار أن كل ما يصرف للعاملين من جهات عملهم الأصلية يدخل تحت مفهوم الأجور والمكافآت والبدلات والمميزات الأخرى المنصوص عليها فى المادة الأولى من القرار المشار إليه .

وحيث أنه بإنزال ما تقدم على واقعات الطعن يبين أن المطعون ضده تم ندبه طوال الوقت من مصلحة الضرائب للعمل بأمانة التنظيم باللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكى واستمر يصرف كافة الأجور والمزايا التى تصرف لأقرانه من العاملين حتى أوقف صرفها ومن ثم يكون من حقه صرف هذه المزايا جميعها حسبما وردت بالمادة الأولى سالفة البيان دون أن يمتد هذا الحق إلى ما بعد إلغاء الاتحاد الاشتراكى وصدور القانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٨٠ فى ١٩٨٠/٧/١٣ فى شأن الأموال

التى كانت مملوكة للاتحاد الاشتراكى العربى وتنظيماته وأيلولتها إلى مجلس الشورى إستناداً إلى أن نص المادة الأولى من القرار رقم ٤٨ لسنة ١٩٦٨ إنما وضع لمعالجة حالة العاملين المنتدبين للعمل بالاتحاد الاشتراكى وحده دون غيره من الجهات الأخرى فإذا ما تم إلغاء الاتحاد الاشتراكى وإستمر ندب المطعون ضده لمجلس الشورى فإنه لا يستحق صرف هذه المزايا طوال فترة ندبه للاتحاد الاشتراكى دون أن يسحب صرفها إلى الجهة التى آلت إليها أموال (مجلس الشورى) بعد إلغائه .

وحيث أن الحكم المطعون فيه ولئن أخذ بهذا النظر وقضى بأحقية المطعون ضده فى صرف المكافآت والأجور والبدلات وكافة المزايا التى تصرف لاقرانه بمصلحة الضرائب إلا أنه لم يقض بعدم أحقية المطعون ضده صرف هذه المزايا المقررة بالمادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٨ لسنة ٦٨ بعد إلغاء الاتحاد الاشتراكى وأيلولة أعماله لمجلس الشورى على النحو المشار إليه مما يتعين معه تعديل الحكم المطعون فيه على النحو متقدم الذكر .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون بأحقية المطعون ضده فى صرف الأجور والمكافآت وكافة المزايا التى تصرف لأقرانه بمصلحة الضرائب إعتباراً من شهر يونيو سنة ١٩٧٧ وحتى تاريخ إلغاء الاتحاد الاشتراكى مع مراعاة أحكام التقادم الخمس وألزمت طرف الخصومة المصروفات المناسبة .

(الطعن رقم ١٠٥٣ لسنة ٣٤ ق.ع)

(٢٦)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/١/٢١

وظائف مأمورى وملاحظى المنائر ذات طبيعة خاصة سواء من حيث واجبات هذه الوظائف ومسئولياتها أو من حيث نظام العمل بها حيث يتم مباشرة أعمالها فى أماكن معينة بصفة مستمرة وعلى مدار العام بأكمله دون توقف فى ساعات معينة أو فى أيام معينة ومن أجل ذلك أخرج المشرع العاملين الشاغلين لهذه الوظائف من الخضوع لأحكام نظام العاملين المدنيين بالدولة وأقر لهم نظاماً خاصاً بهم من حيث الدرجة المالية التى يتم تعيينهم عليها والرواتب الإضافية التى تمنح لهم وعلاجهم مجاناً على نفقة الدولة والأجازات الإعتيادية والعرضية التى تستحق لهم ، وحساب مدة الخدمة فى المعاش بواقع سنة ونصف عن كل سنة يمضيها العامل فى منارة معينة فمن ثم فإن أحكام القانون رقم ٦٨٩ لسنة ١٩٥٤ التى اشتملت على تنظيم شامل لهذه الوظائف هى وحدها التى تسرى على العاملين بالمنابر بحسبان أنها تضمنت مجموعة المزايا التى تقابل الإعفاءات الخاصة التى يتحملها هؤلاء العاملين ومنها بطبيعة الحال مباشرة العمل أيام الجمع والعطلات الرسمية وبالتالى فلا يرجع للأحكام التى تضمنها القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ ومن بعده قوانين العاملين المدنيين بالدولة المتعاقبة وآخرها

القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ والمتعلقة بالأجازات الأسبوعية أو السنوية أو الراتب الإضافى لتعارضها مع الأحكام الخاصة التى نص عليها القانون رقم ٦٨٩ لسنة ١٩٥٤ .

وحيث أنه على هدى ماتقدم فإن المدعى لا يكون له أصل حق فى المطالبة بأجر مضاعف عن العمل أيام الجمع والعطلات الرسمية طبقاً لأحكام قانون العاملين المدنيين بالدولة بخروجه عن نطاق المخاطبين بأحكامه فى هذا الخصوص كما لا يكون له أصل حق فى الطالبة بمنحه أجراً إضافياً عن ساعات العمل الإضافية على أساس أن القانون الخاص قد تضمن تنظيماً خاصاً لمنحهم راتباً إضافياً يصدر به قرار من وزير الدفاع بعد موافقة وزير المالية فضلاً عن أن العمل بالمنائر يجرى على نظام الورديات بحيث يحصل كل عامل على راحات فى مقر عمله فى المنائر المنعزلة أو خارج مقر العمل فى المنائر المتصلة بالبر ومادام أنه لم يثبت من الأوراق أن المطعون ضده قد كلف بالعمل خارج نطاق ورديته المقررة والتى يتحدد بالنظر إليها نطاق عمله الرسمى والمواعيد المعينة له ومن ثم تكون دعوى المدعى (المطعون ضده) قائمة على غير سند من القانون متعيناً رفضها .

ومن حيث أن الحكم المطعون فيه قضى بغير النظر السالف فيكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وتأويله مما يتعين معه الحكم بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبرفض الدعوى وإلزام المطعون ضده المصروفات .

(الطعن رقم ٢٤١٠ لسنة ٣٣ ق.ع)

(٢٧)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/١/٢١

نظم القانون إجراءات إعداد تقارير الكفاية التى توضع عن أعمال أعضاء النيابة الإدارية ورسم المراحل والإجراءات التى تمر بها وحدد مراتب هذه التقارير وهى بمرتبة كفء فوق المتوسط متوسط أقل من المتوسط كما تطلب القانون ضرورة إجراء التفتيش على أعمال أعضاء النيابة من درجة رئيس نيابة فما دونها بصفة دورية مرة كل سنتين على الأقل .

وحيث أن الهيئة قد أوضحت أنه يشترط للترقية إلى وظيفة رئيس نيابة إدارية من الفئة (ب) ضرورة حصول العضو على تقريرى كفاية بمرتبة فوق المتوسط .

وحيث أن مرجع عدم وضع تقارير عن الطاعنة بعد ترقيتها إلى وظيفة وكيل نيابة (ب) الفئة الممتازة هو وجودها فى أجازة خاصة بدون مرتب لرعاية طفلها .

وحيث أن اللائحة الداخلية للنيابة الإدارية بالقرار الجمهورى رقم ١٤٨٩ لسنة ١٩٥٨ المشار إليها قد نظمت قواعد ترقيات أعضاء النيابة الإدارية طبقاً لأحكام المادتين ٢٨ و ٣١ وجعلت الترقية إلى وظيفة رئيس نيابة إدارية بحسب درجة الكفاية والجدارة لشغل هذه الدرجة وقد تحقق أهلية الطاعنة وجدارتها للترقية إلى درجة وكيل نيابة إدارية من الفئة الممتازة بعد أن حصلت على تقرير كفاية يرقى بها الى شغل هذه

الدرجة ، ومن ثم فإذا ما حصلت على أجازة خاصة بدون مرتب فإن علاقتها الوظيفية لا تنفصم وتكون قد إستعملت رخصة خولها إياها القانون فإذا ما جعل عليها الدور للترقية لوظيفة أعلى لا يمكن أن يترتب على ذلك تخط حقها فى هذه الترقية ما دامت هذه الإجازة قد تمت بالإدارة القانونية الصحيحة من الجهة الإدارية المطعون ضدها ومن ثم تصطحب أهليتها وجدارتها للترقية للوظيفة الأعلى طالما قد ثبتت هذه الجدارة والأهلية للترقية للوظيفة الأدنى ولم يطرأ عليها ما ينال منها أو تنقص من قدرها خاصة وقد درجت أحكام القضاء على أنه متى ثبتت الأهلية للترقية إلى درجات قضائية معينة رقى إليها من كان يلى صاحب الشأن فى الأقدمية ، فإن أهليته للترقية تعتبر باقية على وصفها بالنسبة لأهلية زملائه الذين كانوا يلونه فى الأقدمية وتمت ترقيتهم ما لم يقم الدليل على وجود مسوغ طارىء يحول دون الترقية إلى الدرجات القضائية العليا أسوة بزملائه الذين كانوا تالين له فى الأقدمية .

وقد خلت أحكام القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٩ المشار إليه أو القرارات سالفة الذكر من أية أحكام خاصة بأعضاء النيابة الإدارية المعارين أو الحاصلين على أجازات خاصة بدون مرتب من شأنها إرجاء وقف ترقياتهم من كان عليهم الدور فى الترقية ولحين عودتهم من هذه الأجازات أو غير ذلك من القواعد كما أن هيئة النيابة الإدارية لم تضع من القواعد التنظيمية العامة التى يلتزم بها أعضاؤها ويكونوا على بينة من أمرها ما يعالج وضع الحاصلين على أجازات خاصة بدون مرتب كإخطارهم بالعودة عند إقتراب حلول الدور عليهم للترقية للعمل بها حتى يمكن وضع تقارير كافية عنهم وإلا تعرضوا للتخطى فى الترقية للوظائف الأعلى ومن ثم لزم إتباع الأصل وهو الترقية طالما لا يوجد حائل يحول دون ذلك .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن الطاعنة تحققت فى شأنها الأهلية والجدارة للترقية لوظيفة وكيل نيابة إدارية من الفئة الممتازة وحصلت على تقرير كفاية يؤكد ذلك فإذا ما حالت ظروف وجودها فى أجازة خاصة بدون مرتب مرخص لها بها من هيئة النيابة الإدارية طبقاً لأحكام القانون فى وضع تقارير كفاية عن أعمالها على النحو الوارد بالقانون إلا أن أوراق الطعن قد خلت مما يشير إلى وجود مسوغ قانونى طارىء يؤثر على جدارتها وأهليتها للترقية للوظيفة الأعلى ورئيس نيابة إدارية فئة (ب) فإن أهليتها تعتبر باقية وقائمة على وضعها ومستمرة وبالتالى تسطصحب هذه الأهلية لترقيتها لهذه الوظيفة وتكون جديرة بالترقية فإذا ما صدر القرار المطعون فيه متضمناً تخطيها فى الترقية بحجة عدم وجود تقارير كفاية حسن أعمالها خلال فترة وجودها فى الاجازة الخاصة فإن هذا القرار يكون قد صدر بالمخالفة لأحكام القانون مما يتعين معه القضاء بإلغائه مع مايترتب عل ذلك من آثار .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء قرار رئيس الجمهورية رقم ٧٤ لسنة ١٩٩٢ فيما تضمنه من تخطى الطاعنة فى الترقية لوظيفة رئيس نيابة إدارية من الفئة (ب) مع ما يترتب على ذلك من آثار .

(الطعن رقم ١٧٥٥ لسنة ٣٩ ق.ع)

(٢٨)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/١/٢٨

حيث أن الطاعن يبتغى من إقامة طعنه إلغاء القرار الجمهورى رقم ١٩٣ لسنة ١٩٨٧ بالتعيين فى بعض الوظائف الفنية بمجلس الدولة فيما تضمنه من تخطيه في التعيين فى إحدى وظائف (مندوب مساعد) كما أنه طلب إلغاء القرار السلبى بالإمتناع عن تعيينه بوظيفة مندوب مساعد لمجلس الدولة رغم استيفائه للشروط ونجاحه تبعاً لذلك فى المقابلة التى تمت بمجلس الدولة يوم ١٩٨٦/١١/٢ رغم تعيين من هم أقل منه فى مجموع الدرجات بالليسانس ونتيجة المقابلة .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن قرار رئيس الجمهورية سالف الذكر المطعون فيه الصادر بالتعيين فى بعض الوظائف الفنية بمجلس الدولة ومن بينها وظيفة مندوب مساعد والذى تخطى الطاعن فى التعيين فى هذه الوظيفة هذا القرار قد نشر بالجريدة الرسمية يوم ١٩٨٧/٥/٧ بالعدد رقم ١٩ وكان الطاعن وقت النشر يشغل وظيفة وكيل نيابة ووالده هو المحامى الموكل عنه وكان مستشاراً سابقاً بمجلس الدولة وكلاهما على علم يقينى بأن القرارات الصادرة بتعيين أعضاء الهيئات القضائية تصدر بقرارات من رئيس الجمهورية ومن ثم تنشر بالجريدة الرسمية وبالتالى فإن المدة التى كان يصح تقديم التظلم خلالها للجهة الإدارية وذلك بوصوله إليها وعلمها به تنتهى فى ١٩٨٧/٧/٦ .

ولما كان الثابت من الأوراق التى أرفقها الطاعن حافظة مستنداته المودعة بالدعوى والمتضمنة صورة التظلم الذى أرسله إلى الجهات المطعون ضدها بطريق البريد المسجل بأرقام ٣٦٤ و٣٦٥ و٣٦٦ وبتاريخ واحد وهو يوم ١٩٨٧/٧/٦ طعناً على القرار المشار إليه والثابت مما تقدم أن التظلم المذكور قدم إلى مكتب البريد فى ذات يوم إنتهاء الستين يوماً المقررة للتظلم من القرار المطعون فيه طعناً على عدم تعينه وبإعتبار أن التظلم من هذه القرارات وجوبياً طبقاً لنص المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة .

وإذا كان التظلم لم يقيد فى سجلات مجلس الدولة أو الجهات الأخرى المتظلم إليها إلا يوم ٨٧/٧/٦ حيث كان الميعاد قد إنقضى فتكون الدعوى الماثلة قد أقيمت بعد الميعاد المقرر قانوناً ، وبهذه المثابة لا يقبل من الطاعن ماقرره أنه لم يعلن بالقرار المطعون فيه حتى الآن (أنه علم به يوم ١٩٨٧/٧/٦ تاريخ تظلمه لا يقبل منه ذلك باعتبار أن القرار المطعون فيه قد تم نشره بالجريدة الرسمية وقد صدر دون أن يتضمن اسم الطاعن من بين المعينين بوظيفة مندوب مساعد ومن ثم يكون العلم اليقينى قد اكتمل فى حقه بالقرار المطعون فيه من واقعة نشرة بالجريدة الرسمية فى ١٩٨٧/٥/٧ .

وحيث أنه بالنسبة لطلب الطاعن إلغاء القرار السلبى بالإمتناع عن تعيينه بوظيفة مندوب مساعد فإن المستقر عليه فى قضاء المحكمة الإدارية العليا أن القرارات السلبية التى اختص القضاء الإدارى بالفصل فيها هى المنصوص عليها فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة حيث يعتبر فى حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الدارية أو إمتناعها عن إتخاذ قرار كان من الواجب عليها إتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح وإذا كان التعيين يعتبر من الملاءمات التقديرية التى تترخص الجهة الإدارية بسلطة مطلقة فى

حدود ما تراه متفقاً مع الصالح العام وباعتبارها المسئولة عن حسن سير المرافق العامة وبهذه المثابة فإن القرار المطعون فيه لا يعتبر قراراً سلبياً بمفهومه القانوني السليم إذ لا يوجد بنصوص القوانين أو اللوائح ما يلزم الجهة الإدارية المدعى عليها بإصدار قرار بتعيين الطاعن فى الوظيفة التى يطالب بها ومن ثم لا يكون ثمة وجود قانونى لمثل هذا القرار وبالتالى تكون الدعوى بالنسبة لهذا الطلب غير مقبولة شكلاً لإنعدام المحل الذى ترد عليه هذا بالإضافة إلى إفصاح الجهة الإدارية عن موقفها تجاه الطاعن بقرار إيجابى صريح برفض تعيينه فى وظيفة مندوب مساعد وهو قرار إدارى قابل للطعن عليه فى المواعيد المقررة قانوناً من قبل مجلس الدولة وليس قراراً سلبيا غير مقيد مواعيد الطعن طالما كان موقف الجهة الإدارية صريحاً بالإفصاح عن إرادتها برفض تعيين الطاعن وعلم الطاعن بهذا القرار الصادر بتخطيه فى التعيين من تاريخ نشره ومن تاريخ هذا النشر يبدأ ميعاد الطعن فيه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول طلبى إلغاء القرارين المطعون فيهما شكلاً .

(الطعن رقم ٥٧ لسنة ٣٤ ق.ع)

(٢٩)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/١/٢٨

لا جدال أن لجنة شئون العاملين ولئن كانت لا تتقيد فى تقدير أى من عناصر تقرير الكفاية بذات التقدير الذى إرتآه أياً من الرئيس المباشر أو المدير المحلى أو الرئيس الأعلى إلا أن التقدير فى هذا الخصوص ليس طليقاً من كل قيد وإنما ينبغى أن يكون متسقاً وظروف الحال ومتفقاً ومستوى أداء العامل فى الفترة الموضوع عنها التقري وما قام به من مجهود وما بذله من نشاط لا تنافر بينه أو تعارض مع ما تشهد به الأوراق من عناصر كفاية العامل بمعنى أن يكون التقرير مستنداً الى عناصر ثابتة مستخلص إستخلاصاً وأمناً من وقائع تنتجها ذلك أن القرار الصادر من لجنة شئون العاملين فى هذا الصدد شأنه شأن أى قرار إدارى يجب أن يقوم على سببه المبرر له وإلا كان فاقداً لركن السبب .

ومن حيث أن الثابت من مطالعة تقرير الكفاية عن عام ١٩٨٦ المطعون فيه أن كلاً من الرئيس المباشر والمدير المحلى والرئيس الأعلى للمدعى قدر كفايته بمرتبة ممتاز (٩٣ درجة) إلا أن لجنة شئون العاملين العليا بالهيئة قررت بجلستها المنعقدة فى ١٩٨٧/٦/٢١ تخفيض مرتبة الكفاية من ممتاز الى جيد (٨٦ درجة) .

وذلك إستناداً لعدم حصوله على نسبة ٩٥٪ فى عناصر واجبات العمل .

وحيث أن الثابت أيضاً أن السبب الذى استندت إليه لجنة شئون العاملين العليا بالهيئة لتخفيض مرتبة كفاية المدعى عن عام ١٩٨٦ بمرتبة ممتاز إلى مرتبة جيد جاء قولاً مرسلاً لا دليل عليه إذ أن الأوراق قد خلت مما يغير نسبة أى تقصير إلى المدعى فى أداء عمله أو نقصان من مدى إلمامه به أو فى كفايته أبان فترة وضع تقرير الكفاية المطعون فيه بل على العكس فإن البادى من مطالعة تقرير الكفاية المطعون فيه أن المدعى حصل على الدرجة النهائية ١٠ من ١٠ فى عنصرى السرعة والإنتاج والدقة فى العمل الذى يشغلها عنصر السلوك والإنتاج وذلك باعتباره سريع وغزير

الانتاج يقوم بما يسند إليه من عمل فى غير إختصاصه ودقيق إلى حد الاستقامة .

وهو ما يفيد أن إنجازه للأعمال المسندة اليه كان كاملاً لا نقصان فيها وبدقة واتقان لا غبار عليها وهو ما أثبتـه كل من الرئيس المباشر والمدير المحلى والرئيس الأعلى هذا فضلاً عن أن تقارير كفايته عن المدة من ١٩٨١ حتى ١٩٨٥ فى ذات الإدارة التى يعمل بها كانت بمرتبة ممتاز وذلك كله لا تنكره الهيئة المدعى عليها أو تنازع فيه .

وغنى عن البيان أن المشرع قد وضع قاعدة تقضى بعدم قبول الطلبات المقدمة رأساً بإلغاء القرارات الإدارية التى عينها وذلك قبل التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التى أصدرت القرار وانتظار المواعيد المقررة للبت فى هذا التظلم ، والغرض من ذلك هو تقليل الوارد من القضايا بقدر المستطاع وتحقيق العدالة الإدارية بطريق أيسر للناس بإنهاء تلك المنازعات فى مراحلها الأولى إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق فى تظلمه فإن رفضته أو لم تبت فيه خلال الميعاد المقرر فله أن يلجأ إلى طريق التقاضى .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون بإلغاء تقرير كفاية المدعى عن عام ١٩٨٦ فيما تضمنه من تحقيق مرتبة كفايته من ممتاز إلى جيد مع ما يترتب على ذلك من آثار وتأييده فيما عدا ذلك على النحو المبين بالأسباب وألزمت طرفى الخصومة بالمناسب من المصروفات .

(الطعن رقم ٤٤٨ لسنة ٣٦ ق.ع)

(٣٠)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/١/٢٨

قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة يقوم على أساس نظام موضوعى يقصد بالوظيفة ذاتها وشروط شغلها وتصنيفها داخل مجموعات نوعية متجانسة وإعتبار المجموعة النوعية وحدة واحدة فى مجالات التوظيف المختلفة وهو نظام يغاير النظم الأخرى التى كانت تقوم على الأساس الشخصى الذى يعتد بالموظف وليس بالوظيفة والمؤهل الحاصل عليه ووضع تسعير لهذا المؤهل .

ومن حيث أن المادة الرابعة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ المشار إليه تنص على أن « يعين إعتباراً من تاريخ نشر هذا القانون .. . كما تحدد أقدمية من يعين بعد حصوله على مؤهل عال وإذا كان العامل قد بلغ أثناء الخدمة فئة أعلى أو مرتبة أكبر من الفئة أو المرتب الذى يستحقه طبقاً للأحكام السابقة ينقل بفئته وأقدميته ومرتبه إلى مجموعة الوظائف العليا غير التخصصية فى الجهة التى تلائم خبراته ما لم يكن بقاؤه فى مجموعة الوظيفة الأصلية أفضل له .

وحيث أنه لا يكفى لوضع النظام الموضعى للتوظيف موضع التقييد والتطبيق مجرد صدور قرار من رئيس الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة بإعتماد جداول توصيف وتقييم الوظائف بالجهة الإدارية بحسبان أن صدور مثل هذا القرار لا يعدو أن يكون مجرد تقرير للجدول باجراء تنظيمى فى الوحدة الإدارية ومرحلة من مراحل إستكمال العمل بنظام توصيف وتقييم

الوظائف بالجهة الإدارية وأن مراحل هذا النظام لا تتم ولا تستكمل مقومات نفاذه وتطبيق أحكامه إلا بعد تحويل الوظائف وتسليم العاملين على الوظائف المعادلة الواردة بالجداول المعتمدة وفقاً للقواعد المنصوص عليها فى الفصل الخامس من قرار رئيس الجهاز المركزى للتنظيم والادارة رقم ١٢٤ لسنة ١٩٧٨ ، فإذا ماتم ذلك اندرجت العلاقة الوظيفية للعامل فى الجهة الإدارية التى منها التحويل لجدول الوظائف المعتمد فى إطار أحكام النظام الموضوعى للتوظيف وإنتهى مجال أعمال النظام الشخصى .

وحيث أن نص الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ قد وردت بصيغة آمرة مؤداها أن العامل الذى يحصل أثناء الخدمة على مؤهل عال وكان قد بلغ فئة أعلى أو مرتباً أكبر من الفئة أو المرتب الذى يستحقه طبقاً للفقرتان الأولى والثانية من المادة الرابعة المشار إليها ينشأ له الحق فى تسوية حاله وفقاً لحكم الفقرة الثالثة وهو أمر وجوبى حيث استخدم المشرع تعبير «آمر» وهو ينقل العامل ولم يستخدم مايفيد «الجواز» كما أن العامل الذى يحصل أثناء الخدمة على مؤهل عال قبل إجراء التسكين فى وظائف الجدول المعتمد من رئيس الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة تسوى حاله بنقله بفئته وأقدميته ومرتبه إذا كان أكبر من الفئة والمرتب الذين يستحقهما طبقاً للفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ وذلك إلى مجموعة الوظائف العالية غير التخصصية . وعليه فان المعول عليه فى الإفادة من حكم المادة الرابعة فقرة ثالثة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ هو إجراء التسكين فإذا ما ثبت أن العامل حصل على المؤهل العالى قبل إجراء التسكين يتم إفادته من هذا الحكم أما إذا كان قد حصل عليه بعد ذلك التاريخ فإنه لا يفيد منه .

ومن ثم فإن من حق الطاعن أن ينقل بفئته هذه وبأقدميته فيها وبمرتبه إلى مجموعة الوظائف العالية غير التخصصية وذلك إعتباراً من تاريخ حصوله على المؤهل العالى فى مايو سنة ١٩٧٥ مع ما يترتب على ذلك من آثار ولا ينال من ذلك مسبق إعادة تعيين المذكور بالقرار رقم ٥١٥ لسنة ١٩٨٤ إذ أن تسوية حاله طبقاً لأحكام المادة الرابعة فقرة ٣ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ المشار إليه يستمد حقه فيها من القانون مباشرة طالما أن المؤهل العالى الذى حصل عليه كان قبل إجراء التسكين فى الجهة المدعى عليها .

ومن حيث أن الحكم المطعون فيه قد أخذ بغير هذا النظر وإنتهى الى رفض الدعوى فإنه يكون قد صدر على خلاف أحكام القانون واجب الإلغاء وهو ما يتعين القضاء به وإلزام الجهة الإدارية المصروفات .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بالغاء الحكم المطعون فيه وبأحقية الطاعن فى تسوية حالته بنقله بالفئة التى كان يشغلها وقت حصوله على المؤهل العالى وبأقدميته ومرتبه فى هذه الفئة الى مجموعة الوظائف العالية غير التخصيص مع ما يترتب على ذلك من آثار .

(الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٣٥ ق.ع)

(٣١)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/٢٨

عدم إشتراط إثبات المحامى لسند وكالته عند إيداع صحيفة الدعوى نيابة عن موكله إلا نه يتعين عليه عند حضور الجلسات إثبات وكالته فإذا كان

التوكيل الذى يستند إليه خاصاً أودعه ملف الدعوى ، أما إذا كان توكيلاً عاماً فيكتفى باطلاع المحكمة عليه وإثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن موكل الطاعنة لم يودع سند وكالته رفق عريضة الدعوى وأنه أقر بمحضر الإيداع بأنه سوف يقوم بتقديم سند الوكالة عن المدعية بأول جلسة ، فقد ثبت بمحضر جلسة التحضير المعقودة بتاريخ ١٩٨٨/٥/١٤ حضور وكيل الطاعنة عنها بتوكيل رقم ١٤٦٢(أ) لسنة ٨٨ عام شبرا الخيمة وإذا كان ثمة خلاف فى رقم التوكيل إذ أنه ١٦٤٢ وليس ١٤٦٢ كما ثبت فى محضر الجلسة فإن باقى بيانات التوكيل الثابتة بمحضر الجلسة تطابق بيانات التوكيل الصادر من الطاعنة بتاريخ ١٩٨٨/٥/٥ أى قبل جلسة التحضير المشار إليها ومن ثم فلا يعدو أن يكون الاختلاف فى رقم التوكيل مجرد خطأ مادى فى محضر الجلسة لا تسأل عنه الطاعنة أو وكيلها فضلاً عن أن التوكيل المحرر لوكيل الطاعنة هو توكيل عام لا يلزم الوكيل طبقاً للمادة ٥٧ من قانون المحاماة المشار إليه بإيداعه ملف الدعوى .

ومن حيث أن الثابت أن محكمة أول درجة قد أصدرت حكماً بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة وإلزام المحامى ورافعها المصروفات فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون مما يتعين معه الحكم بإلغائه وإعادة الدعوى إلى محكمة القضاء الإدارى للفصل فيها مجدداً من هيئة أخرى مع بقاء الفصل فى المصروفات .

(الطعن رقم ٢٥٨٩ لسنة ٣٦ ق.ع)

(٣٢)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/٣/١١

إذا كانت الأحكام الصادرة بالإلغاء حجة على الكافة ، فإنه بالنسبة لما عداها من أحكام فإنه ثمة شروط يلزم توافرها لجواز قبول الدفع بحجية الأمر المقضى به وهذه الشروط تنقسم إلى قسمين قسم يتعلق بالحكم وهو أن يكون حكماً قضائياً قطعياً ، وأن يكون التمسك بالحجة فى منطوق الحكم لا فى أسبابه إلا إذا إرتبطت الأسباب إرتباطاً وثيقاً بالمنطوق بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب فلا حجية للحكم إلا فيما يكون قد فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو بصفة ضمنية حتمية سواء فى المنطوق أو فى الأسباب المتصلة به إعمالاً وثيقاً والتى لا يقوم المنطوق بدونها وفيما يتعلق بالحق المدعى به فيشترط أن يكون هناك إتحاد فى الخصوم والسبب والموضوع فى الدعوى التى سبق الفصل فيها والدعوى المطروحة بحيث إذا تخلف أحد هذه العناصر كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها غير متوافر الأركان ، فالمنع من إعادة نظر النزاع فى المسألة المقضى فيها يشترط فيه أن تكون المسألة واحدة فى الدعويين ولا تتوافر هذه الوحدة إلا أن تكون المسألة المقضى فيها نهائياً أساسية لا تتغير ويشترط أن يكون الطرفان قد تناقشا فيها فى الدعوى الأولى وإستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول إستقراراً جامعاً مانعاً فتكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه بعد ذلك فى الدعوى الثانية أياً من الطرفين قبل الآخر من حقوق

متنوعة عنها ومن ثم فإن ما لم تنظره المحكمة بالفعل لا يكون موضوعاً لحكم يجوز حجية الشيء المقضى فيه وتقدير وحدة إختلاف الموضوع في الدعويين مما يدخل في سلطة المحكمة ، ومتى حاز الحكم قوة الأمر المقضى به فإنه يمتنع على الخصوم في الدعوى التى صدر فيها من العودة الى المناقشة في المسألة التى فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها .

وكان الطاعن قد أقام الدعوى رقم ١١٤١ لسنة ٣٤ ق ضد السيدين رئيس جامعة الاسكندرية ومدير معهد البحوث الطبية طلب في ختامها الحكم بأحقيته في صرف بدل العدوى بالفئات الواردة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٢٥٥ لسنة ١٩٦٠ وما يترتب على ذلك من آثار وفروق مالية ، وقد قضت المحكمة بجلسة ١٩٨٢/١/١٤ بأحقية المدعى (الطاعن) في راتب بدل العدوى وصرف الفروق المالية إعتباراً من ١٩٧٥/٨/٤ حتى ١٩٧٩/٧/٣٠ التاريخ السابق على شغلة المدعى وظائف قسم الأمراض الباطنة الذى لم يرد النص عليه في قرارات وزير الصحة الصادرة تنفيذاً لقرار رئيس الجمهورية سالف الذكر .

ثم أقام الطاعن دعواه أمام محكمة القضاء الاداري والحكم المطعون فيه طلب فيها أحقيته في صرف بدل العدوى المقرر بقرار رئيس الجمهورية سالف الذكر حتى تاريخ صدور حكم في الدعوى طالما ظل شاغلاً لاحدى الوظائف المقرر لها بدل عدوى .

وحيث أن الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها أن إفادة السيد عميد معهد البحوث الطبية جامعة الأسكندرية أن الطاعن قد شغل وظيفة مساعد باحث (معيد) بقسم الباثولوجيا الاكلينيكية إعتباراً من ١٩٦٦/٥/١١ ووظيفة مدرس من ١٩٦٩/٧/١٤ ووظيفة أستاذ مساعد من ١٩٧٤/٧/٢٠ ووظيفة أستاذ إعتباراً من ١٩٧٩/٧/٢١ حتى تاريخ تحرير هذه الإفادة وهى من الوظائف ذات بدل العدوى فيما نص عليه القرار رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٦٤ بجامعتى القاهرة وعين شمس فإن المدعى يكون له الحق في صرف بدل العدوى بالفئة المقررة لوظيفته بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٢٥٥ لسنة ١٩٦٠ وذلك إعتباراً من ١٩٨٢/١/١٥ حتى ١٩٨٣/١/٣١ وما يترتب على ذلك من آثار .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون بأحقية المدعى في صرف بدل العدوى بالفئة المقررة لوظيفته بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٢٥٥ لسنة ١٩٦٠ عن الفترة من ١٩٨٢/١/١٥ حتى ١٩٨٣/١/٣١ ورفض الطعن فيما عدا ذلك وألزمت المدعى والجهة الإدارية بالمصروفات مناصفة .

(الطعن رقم ٢٤٧٠ لسنة ٣٣ ق.ع)

(٣٣)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/٣/١١

طلب الطاعن قبول الطعن شكلاً ، وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء أصلياً بسقوط الحق المدعى به لإقامة الدعوى بعد الميعاد المقرر بالمادة ١١ مكرراً من القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٨٠

وإحتياطياً برفض الدعوى وإلزام المطعون ضده هذه المصروفات .

وحيث أنه عن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد المنصوص عليه فى المادة سالفة الذكر ، والمعدل بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٨١ غايته ١٩٨٤/٦/٣٠ فإنه لما كانت الدعوى الراهنة لا تتعلق بالمطالبة بأى حق من الحقوق التى نشأت بمقتضى القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٨٠ أو بمقتضى أحكام القوانين أرقام ١٩٧٣/٨٣ و١٠ و١٩٧٥/١١ و١٩٧٨/٢٢ أو القرار الصادر بالرسوب الوظيفى على النحو المنصوص عليه فى المادة ١١ مكرراً سالفة ، البيان وإنما تنصب عل المنازعة فى أحقية جهة الإدارة فى إعادة تسوية حالة المدعى بالقرار رقم ٧٠٠ لسنة ١٩٨٤ والإبقاء على التسوية التى أجريت قبل صدور القرار المذكور وهو ما لا يتقيد به المدعى فى رفعها كما لا تتقيد بها المحكمة فى قبولها بميعاد ١٩٨٤/٦/٣٠ مما يضحى معه الدفع بعدم قبولها شكلاً لرفعها بعد الميعاد المذكور على غير سند صحيح من أحكام القانون متعيناً القضاء برفضه وقبول الدعوى شكلاً .

وحيث أنه عن الموضوع فإن حقيقة ما يهدف إليه المدعى من دعواه هو الحكم بأحقيته فى الإبقاء على وصفه الوظيفى الذى وصل إليه نتيجة التسوية التى أجريت له قبل صدور القرار رقم ١٩٨٤/٧٠٠ حتى ١٩٨٤/٦/٢٦ وذلك باعتباره حاصلاً على الدرجة الرابعة فى ١٩٧٤/١٢/٣١ وما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أنه إذا اختار العامل الإبقاء بصفة شخصية على وضعه الوظيفى الحالى الذى وصل إليه نتيجة التسوية الخاطئة فإن على الجهة الإدارية الإبقاء على هذه التسوية بصفة شخصية وعليها رغم ذلك إذ يجرى فى شأن العامل التسوية الصحيحة التى يستحقها قانوناً والاعتداد بها عند ترقيته للدرجة التالية نزولا على صريح حكم المادة الثامنة من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٤ .

ومن ثم فإن القرار رقم ٧٠٠ لسنة ١٩٨٤ الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٦/٢٦ بإعادة تسوية حالة المدعى على النحو المتقدم يكون قد جاء على خلاف حكم القانون متعيناً إلغائه والإبقاء بصفة شخصية على الوضع الوظيفى الذى وصل إليه المدعى نتيجة التسوية الخاطئة التى أجريت له قبل صدور هذا القرار وإذ قضى الحكم المطعون فيه بغير هذا النظر الأمر الذى يتعين معه الحكم بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون بأحقية المدعى فى الإبقاء بصفة شخصية على الوضع الوظيفى الذى وصل إليه نتيجة التسوية الخاطئة مع ما يترتب على ذلك من آثار وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الطعن رقم ٢٦٥٧ لسنة ٣٤ ق.ع)

(٣٤)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/٣/١٨

من حيث أن حقيقة ما يهدف إليه المدعى فى الشق الأول من الدعوى هو طلب إعادة تسوية حالته وترقيته إلى الفئة الثالثة إعتباراً من ١٩٧٧/٣/١ وذلك بعد حساب مدة خدمته من ١٩٤٥/٣/١ حتى ١٩٤٩/١/٣١ ضمن مدة خدمته الكلية بالتطبيق لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ بينما تنازعه

الجهة الإدارية فى ذلك وترى أن أثر هذا الضم يتوقف عند تاريخ العمل بلائحة نظام العاملين بالجهاز فى ١٩٧٦/١/١ وعلى ذلك فإن موضوع النزاع فى الطعن الماثل يدور حول مدى تطبيق القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ على الحالة الوظيفية للمدعى وهل يستمر تطبيق تسوية حالته بمقتضاه بعد تاريخ العمل باللائحة المذكورة أم يتوقف أثره عند تاريخ العمل بهذه اللائحة .

وحيث أن المستفاد من النصوص المتقدمة أن الجهاز المركزى للمحاسبات قد نقلت تبعيته إلى مجلس الشعب بهدف معاونته فى مباشرته مهامه فى الرقابة على الأحوال العامة مع تقرير بعض الحصانات الخاصة للعاملين به حتى يمكنهم مباشرة أعمالهم المتعلقة بهذه الرقابة فى حيدة وإطمئنان فى سبيل تحقيق ذلك قررت لهم لائحة خاصة تتولى تنظيم شئونهم الوظيفية وقد اشتملت هذه اللائحة على نصوص تتعلق بالتعيين فى وظائف الجهاز وأخرى تنظم ترقيتهم وعلاواتهم وبدلاتهم وحوافزهم وتنقلاتهم وإعاراتهم وتقاريرهم السنوية وأجازتهم وتأديبهم وإنهاء خدمتهم ، كما ألحق بهذه اللائحة جدول يوضح وظائف الجهاز وفئاتها المالية والمجموعات الوظيفية التى تندرج تحت هذه الوظائف وعلى الرغم من أن هذه اللائحة تضمنت تنظيماً شاملاً متكاملاً للشئون الوظيفية للعاملين بالجهاز إلا أنها تضمنت نصاً بمقتضاه أنه فى حالة خلو اللائحة من نص يحكم موضوعاً معيناً تطبق فى هذه الحالة الأحكام المعمول بها فى شأن العاملين المدنيين بالدولة أو القوانين أرقام ١٢٩ لسنة ١٩٦٤ و ٤٤ لسنة ٦٥ و ٣١ لسنة ١٩٧٥ أو لائحة العاملين بمجلس الشعب .

وحيث أن الثابت من مطالعة الأوراق أن المدعى قد صدر لصالحه حكم من محكمة القضاء الإدارى دائرة التسويات بجلسة ١٩٨٦/١/٢٢ فى الدعوى رقم ١١٢٢ لسنة ٣٥ ق المقامة منه ضد الجهاز المركزى للمحاسبات قضى بأحقيته فى حساب مدة خدمته من ١٩٤٥/٢/١ حتى ١٩٤٩/١/٣١ ضمن مدة خدمته الكلية بالتطبيق لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ مع مايترتب على ذلك من آثار ، وقد صار هذا الحكم نهائياً حائز لقوة الأمر المقضى وتنفيذاً لذلك أصدرت الجهة الإدارية القرار رقم ٤٣٤ لسنة ١٩٨٧ بتاريخ ٨٧/٦/٢ بإعادة تسوية حالة المدعى حيث أصبح بالفئة الخامسة فى ١٩٧٠/٣/١ لانقضاء خمسة وعشرون عاماً على تاريخ دخوله الخدمة .

وإذا كان الثابت أن خدمة المدعى بدأت فى ١٩٤٥/٣/١ بعد حساب مدة الخدمة السابقة ضمن مدة خدمته الكلية فى الجهاز تنفيذاً للحكم المشار إليه وعلى ذلك فإن تطبيق أحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ على حالته فإنه يكون مستحقاً للترقية إلى الفئة الرابعة إعتباراً من ٧٣/٣/١ أول الشهر التالى لمضى سبعة وعشرون عاماً على التحاقه بالخدمة .

ومن حيث أن الحكم المطعون منه قد قضى بغير هذا النظر الأمر الذى يتعين معه القضاء بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون بأحقية المدعى فى إعادة تسوية حالته وترقيته الى الفئة الرابعة إعتباراً من ١٩٧٣/٣/١ مع ما يترتب على ذلك من آثار .

(الطعن رقم ١٧٠٥ لسنة ٣٨ ق.ع)

(٣٥)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/٣/١٨

القاعدة أن ربط حساب مدة الخبرة العملية السابقة على التعيين بقرار التعيين الذى تصدره السلطة المختصة ويجعل ذلك جائزاً لها عند التعيين ومن ثم فإنه إذا ما تم التعيين دون استعمال هذه السلطة التقديرية تستمد حقها فى هذا الشأن ويستقر الأمر على مقتضى ذلك ويكون سبيل العامل إن كان ثمة إساءة لاستعمال سلطتها أو مما لحقه دون مبرر أن يسلك طريق الطعن محل القرار الصادر بتعيينه خلال الميعاد القانونى المقرر لدعوى الإلغاء طالما أن الأمر يستلزم صدور قرار إدارى خاص ينشىء للعامل أو يخوله مركزاً قانونياً ذاتياً .

ومن حيث أنه ولئن كان ذلك ما تقدم إلا أنه من ناحية أخرى فإن القاعدة القانونية المستقرة هى أن القرارات الإدارية التى تكسب الفرد حقاً أو مركزاً شخصياً لا يجوز سحبها فى أى وقت وذلك إستجابة لدواعى المصلحة العامة حيث يجب أن يستقر القرار الإدارى عقب فترة زمنية معينة وقد استقر قضاء هذه المحكمة على تحديد هذه المدة بستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه قياساً على مدة الطعن القضائى بحيث إذا انقضت تلك المدة إكتسب القرار حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء .

وحيث أنه بإعمال ما تقدم على حالة المدعية فإنه يبين من الإطلاع على ملف خدمة المطعون ضدها المودع أن لها مدة خبرة عملية سابقة كمهندسة بمجلس مدينة السويس خلال الفترة من ١٩٧٥/١٢/٢٩ حتى ١٩٨٢/١٠/١٩ ثم عينت بمصلحة الخبراء بوزارة العمل وتسلمت العمل فى ٨٢/١٠/٢٠ ، وقد صدر القرار المذكور فى ظل العمل بحكم المادة ٢/٢٧ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة السالف ذكرها وقبل تعديلها بالقانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٨٣ ولم تستخدم الجهة الإدارية سلطتها التقديرية فى حساب مدة خبرتها العملية السابقة وقت إصدار قرار تعيينها إلا أنها أى الجهة الإدارية عادت وأصدرت قراراً متضمناً بحساب مدة الخبرة السابقة التى قضتها بمجلس مدينة بنى سويف الى مدة خدمتها الحالية بمصلحة خبراء وزارة العمال بإرجاع أقدميتها فى الدرجة الثالثة التخصصية الى ١٩٧٥/١٢/٢٩ وتسوية حالتها وتدرج مرتبها على هذا الأساس وإذ صدر هذا القرار بحساب هذه المدة فى تاريخ لاحق لتعيين المطعون ضدها مما أفقده شرطاً من شروط حساب مدة الخبرة العملية الزائدة إلا أن هذا القرار قد تحقق فى مواجهة الجهة الإدارية بعدم الافصاح عن إرادتها بسحبه فى المواعيد القانونية (ستين يوما من تاريخ إصداره) مما يجعله قراراً نهائياً لا يجوز سحبه أو إلغاؤه ، وإذ أصدرت الجهة الإدارية القرار رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨٦ المطعون عليه بتعديل تسوية حالة المطعون ضدها الصادر بالقرار رقم ٣١٣ لسنة ١٩٨٤ وذلك بانقاص عشرة جنيهات من مرتبها كنتيجة لتعديل هذه التسوية وهو ما لا يجوز قانوناً بعد مضى أكثر من ستين يوماً على صدور القرار رقم ٣١٣ لسنة ١٩٨٤ .

ومن ثم لا يعتد بالقرار الساحب المطعون فيه الأمر الذى يوجب الحكم بإلغائه والإعتداد بالقرار رقم ٣١٣ لسنة ١٩٨٤ بكافة مشتملاته وعناصره من إرجاع فى الأقدمية وتدرج فى المرتب على النحو الوارد به .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبإلغاء القرار رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨٦ والإعتداد بالقرار رقم ٣١٣ لسنة ١٩٨٤ الصادر فى ١٩٨٤/٦/٢٥ بتسوية حالة المطعون ضدها بكافة مشتملاته على النحو المبين بالأسباب وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٧ ق.ع)

(٣٦)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/٣/٢٥

مفاد نص الفقرة الأولى من المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة تقضى بأن لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية ، كما يجب فى المصلحة اللازمة لقبول الدعوى أن تكون شخصية مباشرة إلا أنه فى مجال دعوى الإلغاء وحيث تتصل هذه الدعوى بإعتبارات المشروعية والنظام العام فإن القضاء الإدارى لا يقف فى تفسير شروط المصلحة الشخصية عند ضرورة وجود حق يكون القرار الإدارى المطلوب إلغاؤه قد أهدرته أو مسه - كما هو الحال بالنسبة للدعوى الحقوقية - وإنما يتسع شرط المصلحة الشخصية قبل دعوى الإلغاء يكون رافعها فى مركز قانونى خاص أو فى حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه شأنها أن تجعله ما دام قائماً مؤثراً فى مصلحة ذاتية - معادية أو أدبية - تأثيراً مباشراً ويتعين أن يتوفر شرط المصلحة من وقت رفع الدعوى وأن يستمر حتى يفصل فيها نهائياً .

وحيث أن قياس كفاية الأداء لشاغلى وظائف الإدارة العليا هو قرار إدارى نهائى يتضمن فى ذاته حكماً على مبلغ كفايتهم الإدارية الفنية والقيادية وهو أمر يتعلق بسمعة الموظف وإعتباره فى عمله ، كما أنه يؤخر ترقياتهم وفيما يتقرر منحه من علاوات تشجيعية وهذا الأثر أو ذلك يقيم مصلحة لهم فى الطعن بالالغاء عليه .

ومقتضى ذلك أنه إذا لم يترتب بالفعل على تقرير كفاية الأداء المطعون فيه أى تخبط لصاحب الشأن فى الترقية للوظيفة الأعلى أو حرمانه من العلاوات التشجيعية التى يتقرر منحها لشاغلى وظائف الادارة العليا فإن مصلحته فى طلب الإلغاء تظل قائمة لما يتضمنه التقرير فى ذاته ولا يؤثر على بقاء هذه المصلحة إنتهاء خدمته لبلوغ سن الإحالة إلى المعاش لأن هذا لا يُعد سبباً قانونياً يمتنع معه إعمال آثار حكم إلغاء تقرير كفاية الأداء المطعون فيه وإزالة مالحقه بسمعه ذى الشأن وإعتباره من جراء القرار المطعون فيه .

وحيث أنه ولئن كانت المدعية لم تقدم ما يثبت أنه ترتب على تقرير كفاية الأداء لعام ١٩٨٣ (من ١/١ حتى ١٩٨٣/١٢/٣١) المطعون فيه تخطيها فى الترقية إلى الوظيفة التى تعلو وظيفة مدير عام التى تشغلها الحكم بإلغائه وإلزام الجهة الإدارية المصروفات .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبقبول الدعوى شكلاً وبإلغاء القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٣٤ ق.ع)

(٣٧)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثانية
جلسة السبت
١٩٩٥/٣/٢٥

إذا كان الطاعن قد طلب فى ختام طعنه قبوله شكلاً وفى الموضوع بإلزام المدعى عليه الأول بصفته بالآتى :

١- تقديم تسويتين للمعاش الأساسى إحداهما طبقاً للمادة ٣١ والأخرى طبقاً للقواعد العامة تتضمن تفصيلا لوجهة نظرها فى تطبيق كل تسوية .

٢- تعديل ربط المعاش الأساسى للطاعن على أساس التسوية طبقاً للمادة ٣١ لأنها أفضل له حسب التطبيق الصحيح لهذه المادة .

٣- إعادة النظر فى الزيادات والإعانات المقررة قانوناً وكذلك الزيادات التى تقررت إعتباراً من ١٩٩٠/٧/١ .

٤- إعادة حساب المكافأة وتعويض المدة الزائدة طبقاً لأحكام القانون فى هذا الشأن .

٥- صرف الفروق المالية المترتبة على الطلبات المتقدمة .

وحيث أنه عن طلب الطاعن حساب معاشه المستحق له عن الأجر الأساسى على أساس المرتب الذى وصل إليه ومقداره ٤٠٠ جنيه فإن المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٥ والقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٨٤ .

وحيث أنه متى كان ذلك ما تقدم وكان الثابت من الأوراق وبلا منازعة من جانب الجهة الإدارية أن الطاعن قد تم تسوية معاشه الأجر الأساسى على أساس المعاملة الخاصة بالوزير تنفيذاً لقرار التفسير التشريعى رقم ٣ لسنة ٨ ق المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ١٩٩٠/٣/٣ .

ومن ثم فإنه يستحق عن الأجر الأساسى للمعاشين المنصوص عليهما فى البندين أولا وثانياً من الفقرة الأولى من المادة ٣١ من قانون التأمين الإجتماعى المشار إليه مع مراعاة القيد الذى أورده البند ثانياً سالف الذكر وبالتالى يعتبر الحد الأقصى للمعاش عن الأجر الأساسى للوزير ومن يعامل معاملته من حيث المعاش -كحالة الطاعن - مائتا جنيه شهرياً وقد جرى قضاء هذه المحكمة فى هذا الخصوص على أن هذا المبلغ يمثل الحد الأقصى .

والسقف الأعلى لأية تسوية لهذا المعاش عن الأجر الأساسى بحيث لا يجوز تجاوزه إعمالا للنصوص التشريعية السابقة بيانها وبهذا الحد يتحدد المعاش المقرر للطاعن عن الأجر الأساسى وهو ما ألتزمت به الهيئة المطعون ضدها وبما يتفق مع التطبيق السليم لصحيح القانون .

وحيث أنه عن الأساس الذى يجرى عليه حساب مكافأة العشرة أشهر هو المتوسط الشهرى للأجر المؤمن عليه الذى أديت على أساسه الاشتراكات خلال السنتين الأخيرتين من مدة إشتراكه فى التأمين أو خلال مدة إشتراكه فى التأمين إن قلت عن ذلك فالعبرة وفقاً للحكم التشريعى الصحيح هو بالأجر الذى أديت عنه الإشتراكات بغض النظر عن الأجر الذى يصرف للمؤمن عليه ومن ثم ينطبق فى هذا الشأن ما سبق ذكره بخصوص الدفعة الواحدة فيجرى حسابها على أساس الأجر الذى أدُى على أساسه الاشتراك فى المعاش الأساسى وهو لا يجاوز ٢٥٠ جنيهاً شهرياً فى الحالة المعروضة وهو ما طبقته الجهة الإدارية فى شأن حالة الطاعن حسبما أشارت فى مذكرة دفاعها ولم يناقضها

الطاعن وعلى ذلك فإنه يتعين رفض طلبها بأن يكون أساس حساب مكافأة العشرة أشهر المشار إليها على أساس الأجر الأساسى الشهرى المنصرف له وهو ٤٠٠ جنيه دون الأجر المسدد عنه الاشتراك وهو ٢٥٠ جنيهاً شهرياً لعدم إستناد هذا الطلب على أساس قانونى صحيح .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبرفضه موضوعاً .

(الطعن رقم ١١٧٦ لسنة ٣٧ ق.ع)

(٣٨)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٥/٤/١٦

لما كان المدعى قد أقام دعواه أمام محكمة القضاء الإدارى طالباً الحكم فيها بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بتقدير قيمة الأعمال المخالفة بمبلغ ٢٩١١٦ جنيهاً وذلك إستناداً الى أنه سبق وأن قدم للمحاكمة الجنائية فى الجنحة الرقيمة ١١٠٣ لسنة ١٩٨٣ لإقامته بناء بدون ترخيص فى عين النزاع وقضى بانقضائها لمضى المدة بالإضافة إلى أن التقرير الهندسى المقدم من مكتب الخبراء أوضح أن المبانى موضوع المخالفة تقع بالمنور الخلفى للعقار وأنها قديمة منذ عام ١٩٧٤ ولا تخالف خط التنظيم وإن كانت تخالف إشتراطات المنطقة وقد أكدت المحكمة فى حكمها أن قيمة الأعمال المخالفة خمسمائة جنيهاً ولا تؤثر عل سلامة المبنى وأنها أقيمت قبل صدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء .

أصدرت محكمة القضاء الإدارى حكمها الطعين القاضى بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وأقامت قضاءها على أن تقرير اللجنة الفنية التى إنبنى عليها القرار المطعون بتقدير العمال المخالفة بمبلغ ٢٩١١٦ جنيهاً المشار إليه شاملاً من الدور الأرضى إلى الرابع إلا أن هذا القرار قد تم تعديله فى ١٩٨٦/٤/٦ بعد إستبعاد الأدوار من الأرضى حتى الثانى ونص صراحة على إزالة الدورين الثالث والرابع .

وحيث أن قضاء هذه المحكمة - جرى عل أن القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم البناء لم يعقد للجهة الإدارية أو اللجنة المنصوص عليها فى المادة ١٦ منه أى اختصاص ملزم فى تحديد قيمة الأعمال المخالفة أو حساب مقدار الغرامة الواجبة أو طريقة تحصيلها وإنما درج العمل على الإدلاء بهذا التقدير ضمن ما يعرض على المحكمة الجنائية بشأن المخالفة من مستندات تعينها على تقرير قيمة المخالفة وتحديد مقدار الغرامة تيسيراً عليها عند الفصل فى الدعوى الجنائية ومن ثم يسوغ لصاحب العقار المجادلة فى هذا التقدير عملاً بحقه فى الدفاع عن نفس بكافة طرق الإثبات كما تملك المحكمة الجنائية بسط ولايتها ورقابتها على هذا التقدير بما لها من حرية مطلقة فى تكوين عقيدتها من أدلة بيانات وقرائن أحوال إثباتاً أو نفياً تأخذ بها إذا اقتنعت بها وتطرحها إذا ما تطرق الشك إلى وجدانها فيها وعلى ذلك فإن تقدير الجهة الإدارية بتقدير قيمة الأعمال المخالفة لا يعدو أن يكون تقدير خبرة فنية توضع تحت تصرف المحكمة الجنائية بإعتبارها الخبير الأعلى فى الدعوى الجنائية المعروضة عليها .

ومن ثم فإن ما درجت عليه الجهة الإداية من تقدير لقيمة الأعمال المخالفة لقانون المباني لا يعدو أن يكون عملاً تحضيرياً يوضع تحت نظر المحكمة لإعانتها على تقدير خطورة الجريمة وتحديد العقوبة الملائمة لها دون أن يكون لهذا التقدير في حد ذاته أثراً قانونياً ملزماً في حق ذي الشأن سواء في المجال الإداي أو الجنائي ، ومتى كان ذلك فإنه لا يعدو قراراً إدارياً بالمعنى الفني الدقيق الذي يسوغ لصاحب الشأن الطعن عليه أمام القضاء الإداري بحسبانه لا يشكل إفصاحاً لإرادة الجهة الإدارية الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم .

وإذا انتفى ركن الإلتزام القانوني في عمل الإدارة للأفراد انتفى القرار الإداري وأن مسمى التعرف قراراً لإنتفاء التأثير الإلزامي في المركز القانوني لذوي الشأن كما هو الحال في الطعن الماثل إذ يظل لهؤلاء حق المنازعة في هذا التقدير وتقديم القيمة التي يرونها مناسبة أو نفيها نهائياً بما يقدمونه للمحكمة الجنائية من مستندات وأوجه دفاع تؤيد وجهة نظرهم وتدحض ما قدمته الجهة الإدارية من تقديرات ولتلك المحكمة وهي في مجال استجلاء الحقيقة وتقدير العقوبة المناسبة أن تزن المستندات والتقارير وأوجه الدفاع المطروحة عليه بميزان القانون دون أن تكون ملزمة بالإنصياع لأحد الجانبين دون الآخر وكل أولئك أيد على أن تقدير قيمة العمال المخالفة لقانون توجيه وتنظيم البناء أو لائحته التنفيذية لا يعدو بذاته قراراً إدارياً نهائياً يسوغ الطعن فيه قضاء وإذ قضى الحكم الطعين برفض الدفع بعدم قبول الدعوى ويقبولها إستناداً إلى توافر أركان القرار الإداري في المنازعة المطروحة وناقض أسبابه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله وأضحى خليقاً بالإلغاء الأمر الذي يتعين معه الحكم بالغائه والقضاء بعدم قبول الدعوى لإنتفاء القرار الإداري .

(الطعن رقم ٢١٤٢ لسنة ق.ع)

(٣٩)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثالثة

جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/٥/١٦

طلب الطاعن الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه إلى إلزام المطعون ضده بأن يدفع له مبلغ ٦٤٣٢٫٨٣٥ جنيهاً والفوائد القانونية عن هذا المبلغ من تاريخ المطالبة القضائية حتى تمام السداد والمصروفات وقد أودعت هيئة مفوضي الدولة تقريراً مسبباً بالرأي القانوني في الطعن وارتأت فيه الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء بأحقية الطاعن بصفته في إقتضاء مبلغ ٣٤٣٣٫١٦٥ جنيهاً والفوائد القانونية عن هذا المبلغ من تاريخ المطالبة القضائية حتى تمام السداد وإلزام المطعون ضده المصروفات .

من حيث أن المقرر أن غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود وأنها تحسب بالنسب والأوضاع المنصوص عليها باللائحة المشار إليها وبهذه المثابة يتعين إحتساب نسبة غرامة التأخير من ختامي العملية إذا ثبت أن الجزء المتأخر من العملية المتعاقد عليها يمنع من الإنتفاع عن الأعمال المنفذة على وجه مرضٍ ، وأما إذا ثبت أن الأعمال المتأخرة لا تعوق بما تم تنفيذه من أعمال ، فعندئذ تحسب نسبة غرامة التأخير من قيمة الأعمال المتأخرة فحسب .

والثابت أن المطعون ضده تقاعس عن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها في المواعيد المتفق عليها ،

فضلاً عن أنه توقف نهائياً عن إنجازها مما حدا بالجهة المتعاقدة الى إسناد جزء من أعمال المقاولات إلى مقاول آخر وإنهاء التعاقد دون التنفيذ على الحساب بالنسبة لباقى الأعمال .

وإذا تبين لجهة الإدارة المتعاقدة أن المقاول (المطعون ضده) قد قام بتنفيذ أعمال لا تتجاوز نسبة ١٠٪ من جملة الأعمال المتعاقد عليها .

قررت إحتساب غرامة التأخير بواقع ١٥٪ من قيمة ختامى العملية لتكون قيمة الغرامة مبلغ ٤٨٢٨٫٢٧٥ جنيهاً ، فمن ثم تكون مطالبتها بهذه القيمة قائمة على سند من القانون مما يتعين معه القضاء بأحقيتها فى إقتضاء المبلغ المذكور .

من المقرر أن إقتضاء غرامة التأخير من الملاءمات المتروكة لجهة الإدارة المتعاقدة وأنه يكون للجهة الإدارية الحق فى توقيعها بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه ضرر ، وقد أجازت المادة ٨٢ من لائحة المناقصات والمزايدات المشار إليها لجهة الإدارة والحق فى إقتضاء هذه الغرامة فى جميع الأحوال ، يستوى فى ذلك أن يكون التعاقد قد تم فسخه ، أم تم تنفيذ العقد على حساب المقاول المقصر وبهذه المثابة يتم إحتساب الغرامة على النحو المقرر بنص المادة ٨١ من تلك اللائحة .

ومن المقرر أيضاً أن تنفيذ العقد على حساب المقاول المقصر ليس عقوبة توقيع على المقاول وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الإلتزام عينا تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته فمن ثم يكون لجهة الإدارة الحق فى إقتضاء فروق الأسعار الناجمة عن التنفيذ على الحساب .

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون الإلزام المطعون ضده بأن يؤدى للطاعن بصفته مبلغاً وقدره ٣٤٣٣٫٣٧٥ جنيهاً والفوائد القانونية عن هذا المبلغ بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد وألزمت المطعون ضده المصروفات .

(الطعن رقم ٢٥٩٤ لسنة ٣٦ ق)

(٤٠)

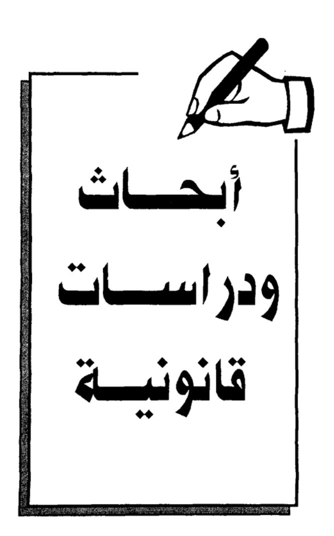
المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الثالثة
العقود الإدارية والتعويضات
جلسة الثلاثاء
١٩٩٥/٥/١٦

عدم إخطار الجهة الإدارية بإنهاء التعاقد مع المدعى فى الميعاد المقرر قانوناً بمقتضى العقد المبرم بينهما . جزاء ذلك هذا إعتبار العقد مجدداً لسنة أخرى .

إذا كان المدعى يهدف تبعاً لذلك إلى الحصول عل ما يعادل قيمة الأعمال المنفذة خلال العام الذى إمتد إليه العقد فيما لو قام بتنفيذ العقد خلال مدة الامتداد إلا أن حقه فى التعويض يقتصر على أساس ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة وهذا الحق فقط على الربح الذى كان يتحصل عليه فيما لو قام بتنفيذ العقد .

حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته إنما تتحدد طبقاً لنصوص العقد ومن ثم فإن النص الذى يتحدد باتفاق المتعاقدين فى العقد الإدارى يقيد طرفيه كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ يمتنع الخروج عليه ومرد ذلك إلى أن ما أتفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتهما التى تلاقت عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته .

(الطعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٣٥ ق)


أبحاث
ودراسات
قانونية

بحث فى الإضراب فى القانون المصرى والمقارن

للدكتورة / ناهد العجوز
المحامية بدمياط

(١) تمهيـــد :

موضوع البحث هو الإضراب فى القانون المصرى والمقارن . ويقتضى الكلام عن حق الإضراب « Greve » تقسيم الموضوع إلى ثلاثة عناصر هى :

- ماهية الإضراب .
- مدى مشروعية الإضراب .
- أثر الإضراب على العلاقات العمالية .

ثم يلحق بالبحث مشروع قانون تنظيم حق العمال فى الإضراب فى مصر ، حسب الصياغة المناسبة فى رأى الباحثة ، مذيل بالمذكرة الإيضاحية ، وذلك على النحو الآتى :

المبحث الأول : ماهية الإضراب .

المبحث الثانى : مدى مشروعية الإضراب .

المبحث الثالث : أثر الإضراب على العلاقات العمالية .

ملحق : مشروع قانون الإضراب .

المبحث الأول
ماهية الإضراب

(٢) تمهيـــد :

نتكلم فى هذا المبحث عن ماهية الإضراب ، وذلك من خلال بندين كبيرين .

نتكلم فى البند أولاً : عن تعريف الإضراب سواء فى الفقه والقضاء الفرنسى حيث توجد سبعة آراء فقهية من أول رأى الفقيهين « Durand et Vitu » إلى رأى الفقيهة « Sinay » ، وسواء فى الفقه والقضاء المصرى ، حيث توجد سبعة آراء فقهية ، من أول رأى الفقيه الدكتور محمد حلمى مراد سنة ١٩٥٢ ، إلى رأى الفقيه الدكتور السيد عيد نايل سنة ١٩٨٨ ، وأخيراً رأى الباحثة الخاص .

ونتكلم فى البند ثانياً : عن عناصر الإضراب الأساسية سواء العناصر المادية بعنصريها الثانويين : التوقف عن العمل والتوقف الجماعى « سواء العناصر المعنوية بعناصرها الثانوية ، نية الإضراب وتدبير الإضراب والمطالب المهنية ، وذلك على التفصيل الآتى :

أولاً : تعريف الإضراب :

(٣) ١- تعريف الإضراب فى الفقه الفرنسى :

ذهب رأى أول إلى تعريف الإضراب « بأنه كل توقف عن العمل بصفة مؤقتة ، تبرره مطالب قد تؤدى إلى إفادة مجموع العمال أو طائفة منهم ، والتى تعبر عنها مجموعة ممثلة بصورة كافية للرأى العمالى » [٤] وأضاف البعض من أصحاب هذا الرأى إلى هذا التعريف العبارة الآتية : وبشرط عدم إرتكاب المخالفات التى يمكن أن تعيب الإضراب المشروع [٥] .

ويؤخذ على هذا التعريف عدم إظهار الصفة الجماعية للتوقف عن العمل « Caractére Foule » ، كما أنه لم يبين طبيعة مطالب العمال التى تبرر الإضراب « Caractére des revendications ouvriéres » .

وذهب رأى ثانى إلى تعريف الإضراب « بأنه التوقف الجماعى والمدبر عن العمل بواسطة عدد كاف من العمال ، داخل مهنة معينة أو مؤسسة معينة ، لتحقيق غرض معين ، مع نية إستئناف العمل بعد تحقق الهدف أو إنتهاء المنازعة العمالية » [٦] .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه بدوره لم يحدد طبيعة مطالب العمال التى تبرر الإضراب ، ومن ثم فهو يتسع لأنواع المطالب الأخرى المهنية أو الاجتماعية أو السياسية .

- ملحوظة : الهوامش ١- ٣ محذوفة .

(4) Durand et Vitu : trité de droit du travail t. III. 1956. P. 739 .

(5) La tourneri : Le droit français de la gréve Sirey, 1972. P. 266 .

(6) Nipperdey la hurbuch.t. II. P. 652 cité par Durand et Vitu, op. cit. p.

وذهب رأى ثالث إلى تعـريف الإضـراب ، « بأنه توقف كامل عن العمل ، وله صفة جماعية ، وبسبب مطالب مهنية » [٧] .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه وإن كان قد أظهر الصفة الجماعية للإضراب وبين مطالب العمال التى تبرر الإضراب ، إلا أنه ينقصه بيان صفة أن يكون الإضراب مدبراً « Convenue » .

وذهب رأى رابع إلى تعريف الإضراب « بأنه التوقف الجماعى ، المدبر عن العمل ، بهدف ممارسة الضغط على صاحب العمل أو السلطات العامة » [٨] .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه جعل هدفى الإضراب الضغط على صاحب العمل بصفة عامة ، وكذلك الضغط على السلطات العامة ، الأمر الذى يعنى أنه يتسع لجميع أنواع الإضراب بما فيها الإضراب السياسى .

وذهب رأى خامس إلى تعريف الإضراب « بأنه التوقف عن العمل ، عن طريق العمال ، بهدف الضغط على صاحب العمل ، لإجباره على الموافقة على وجهة نظرهم فيما يتعلق بموضوع النزاع » [٩] .

ويؤخذ علي هذا التعريف بدوره عدم تحديده لطبيعة مطالب العمال التى تبرر الإضراب .

وذهب رأى سادس إلى تعريف الإضراب « بأنه التوقف الجماعى عن العمل بقصد الحصول على مطالب أو تطبيق قانون من جانب صاحب العمل » [١٠]

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يحدد طبيعة المطالب التى يتمسك بها العمال والتى تبرر الإضراب ، كما أنه لم يبين صفة أن يكون الإضراب مدبراً .

وذهب رأى سابع إلى تعريف الإضراب « بأنه رفض جماعى ومدبر للعمل يعبر عن نية العمال فى الخروج مؤقتاً على شروط العقد لإنجاح مطالبهم » [١١] .

كما ذهب أصحاب هذا الرأى فى تعريف حديث إلى أن الإضراب هو وسيلة ضغط للحصول على مطالب ، يعبر عنها برفض جماعى لعمل تابع [١٢] .

ويؤخذ على هذا التعريف على الرغم من أفضليته عما سبقه ، عدم تحديده لطبيعة مطالب العمال التى تبرر الإضراب ، وكذلك التوسع فى معنى الإضراب بحيث يشمل الإضراب السياسى إلى جانب الإضراب المهنى .

(٤) ٢- تعريف الإضراب فى القضاء الفرنسى :

يعتبر الإضراب أحد الحقوق الدستورية فى فرنسا ، ومنذ سنة ١٩٥١ تعرضت محكمة النقض الفرنسية لتعريف الإضراب فى العديد من أحكامها . وقد بدأت المحكمة بتعريف ضيق للإضراب .كان محلاً لإنتقاد بعض الفقه « بأنه طريق للدفاع عن المصالح المهنية » [١٣] .

وعرَّفت محكمة النقض الفرنسية الإضراب فى حكم آخر « بأنه توقف مدبر عن العمل بهدف الحصول على تحسين لشروط العمل » [١٤] .

---

(7) Camerlynck : traité pratique de rapture du contract de travail 1959. 736 P. 43 .

(8) Camerlynck et Lyon Caen, droit du travail Dalloz, 1965, No. 599 et I De. éd. 1980, No. 691, P. 743 .

(9) Rivero et Savatier : droit du travail, 1966, P. 180 .
- يأخذ بهذا الرأى فى الفقه المصرى الدكتور على عوض حسن فى « الوجيز فى شرح قانون العمل الجزائرى الجديد » ط س ١٩٧٦ .

(10) Verdier : traité de droit du travail, Dalloz, 1966, P. 183 .

(11) Sinay : La gréve, t. VI du traité de droit du travail publié sous la direction de Camer Lynck, 1966, P. 133 .

(12) Sinay et Javillier : La gréve, t. VI, 2éme éd, 1984, P. 197 et s.

(13) Cass, soc. 28 juin 1951, dr. sov. 1951. P. 536 .

(14) Cass. soc. 30 et. 1963, D. 1964, 3 .

ثم إستقرت محكمة النقض الفرنسية فى أحكام عديدة على تعريف الإضراب « بأنه توقف مدبر عن العمل بغرض تأييد مطالب مهنية محددة سلفاً ، رفض صاحب العمل تحقيقها » [15] .

وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا التعريف على التوقف الجماعى المدبر عن العمل إحتجاجاً على شروط العمل الجديدة ، والإحتجاج ضد فصل بعض العمال وفى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم كانت إدارة المشروع قد فرضت على كل عامل يعمل فى المشروع إلتزاماً بأن يؤشر بما قام بإنتاجه فى كارت «يسمى» كارت الإنتاج « Carte de la production » وقد حدث أن رفض عاملان إمساك هذا الكارت أو التأشير فيه ، ففصلتهما إدارة المشروع . تضامن معهما عدد من زملائهما ، وإمتنعوا عن العمل إحتجاجاً على شروط العمل الجديدة والفصل وقد كيفت المحكمة هذا الإمتناع عن العمل بأنه إضراب « gréve » [16] .

وكيفت محكمة النقض الفرنسية فى حكم آخر التوقف عن العمل من جهة العمال إحتجاجاً على الفصل الجماعى على أنه إضراب [17] .

كذلك كيفت محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها الإمتناع الجماعى ، المدبر عن العمل إحتجاجاً ضد المعاملة القاسية للعمال على أنه يشكل إضراباً [18] .

(٥) ٣- تعريف الإضراب فى *الفقه المصرى* :

ذهب رأى أول إلى تعريف الإضراب ، « بأنه ليس عملاً إيجابياً بل هو إمتناع ، يقصد به وقف سير العمل فى المصنع ، فيتعذر على صاحب العمل إجابة الطلبات على منتجاته مما يعرضه لفقد عملائه ويعطل رأس ماله خلال فترة الإضراب . وقد يؤدى أحياناً إلى إفساد ما لديه من مواد أولية أو منتجات سريعة التلف ، الأمر الذى يكبد صاحب العمل الخسائر الكثيرة ويحمله على التساهل مع عماله وإجابة مطالبهم » [19]

ويؤخذ على هذا التعريف أن الإضراب لا يكون سوى فى المصانع وهذا ليس صحيحاً كما أنه لم يحدد طبيعة مطالب العمال التى تبرر الإضراب .

وذهب رأى ثانى إلى تعريف الإضراب « بأنه الإتحاد بين جماعة من العمال على الإمتناع عن العمل ، بقصد الحصول على مزايا معينة من رب العمل ، مقابل عودتهم إلى العمل » [20] .

ويؤخذ على هذا التعريف تحديده معنى الإضراب بأنه إتحاد بين جماعة من العمال أى أنه يشترط فى الإضراب الإتفاق المسبق بين المضربين ، مع أن هذا الشرط لم يعد له أساس فى تعريف الإضراب .

وذهب رأى ثالث إلى تعريف الإضراب « بأنه إمتناع العمال عن تنفيذ العمل الملزمين به بموجب عقود العمل الفردية التى تربطهم مع أصحاب الأعمال » [21]

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يشمل سوى العناصر المادية للإضراب أى التوقف عن العمل دون العناصر المعنوية للإضراب أى تلاقى إرادات العمال المضربين حول هدف مهنى مشترك كما لم يحدد طبيعة المطالب العمالية التى تبرر الإضراب .

---

(15) Cass. soc. 27 Janv. 1968, Bull. Civ. V. No. 35 P 30 .
- Cass. soc. 27 Janv. 1969, Bull, No.50, P. 41 .
- Lyon Caen et Pelissier : Les grands arrêts de droit du travail, deuxieme éd, 1980 P. 28 et s.
- راجع فى تأييد هذا التعريف :
- Sinay : la gréve, op. cit. P. 133 .
- Brun et Galland : droit du travail, t. II 2éme éd, 1978, P. 427 .

(16) Cass. Soc. 30 nov. 1977. Bull. V. No. 655 P. 523 .

(17) Cass. Soc. 27 fev. 1974. J. C. P. 1974 . IV .

(18) Cass. Soc. 26 oct. 1977. Bull. Civ. V. No. 565.

(١٩) الدكتور محمد حلمى مراد « قانون العمل » جـ ٢ ط س ١٩٥٢ ص ٤١٧ .

(٢٠) الدكتور حسين عامر « إلغاء العقد » ط س ١٩٥٣ ص ٨٨ .

(٢١) الأستاذ على العريف « شرح قانون العمل » ط س ١٩٦٤ ص ٢٧١ .

وذهب رأى رابع إلى تعريف الإضراب بأنه هجر الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ، مع تمسكهم بوظائفهم ، ويلجأ الموظفون عادة لهذا الإجراء إظهاراً لسخطهم على عمل من أعمال الحكومة ، أو لإرغام الحكومة على إجابة مطالبهم » (٢٢) .

ويؤخذ على هذا التعريف قصر الإضراب على الوظائف العامة فقط ، كما أنه لم يبين طبيعة المطالب التى يتمسك بها المضربون .

وذهب رأي خامس إلى تعريف الإضراب بصفة عامة « بأنه إتفاق العمال على الإمتناع عن العمل مدة من الزمن ، دون أن تنصرف نيتهم إلى التخلى عن وظائفهم نهائياً ، وذلك بقصد إستيائهم من أمر من الأمور أو الوصول إلى تحقيق بعض المطالب لا سيما المتعلقة بالعمل كرفع الأجور » (٢٣) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه يجعل الإتفاق بين العمال المضربين عنصراً فيه .

وذهب رأى سادس إلى تعريف الإضراب « بأنه حق تقرره الدولة لطوائف العاملين بها ، متى بلغت شأواً بعيداً من النضج والوعى يؤهلها إلى ممارسة ذلك الحق فى صورة إتفاقهم المسبق على التوقف عن العمل وتركه ، مع تمسكهم بوظائفهم أو أعمالهم بقصد الضغط على الإدارة أو أرباب الأعمال بحسب الأحوال من أجل تحسين شروط العمل وأحكامه » (٢٤) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غريب ومعيب فى ذات الوقت فهو غريب لأنه يجعل من نضج ووعى طوائف العاملين بالدولة شرطاً لمنحهم حق الإضراب ، الأمر الذى يدعو للتساؤل : من الذى يقرر بلوغ طوائف العاملين هذه الدرجة من النضج والوعى ؟ الواقع أن هذا الرأى يجعل الحاكم وصياً على الشعب بحيث يمكنه رفض الاعتراف بحق الإضراب بحجة واهية هى تخلف هذا الشعب عن غيره من الشعوب . وهو معيب لأنه يجعل الإتفاق السابق بين المضربين عنصراً فى الإضراب .

وذهب رأي سابع إلى تعريف الإضراب « بأنه إمتناع العمال عن العمل إمتناعاً إرادياً ومدبراً ، لتحقيق مطالب مهنية » (٢٥) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه وإن كان أفضل التعريفات السابقة من حيث إظهار عناصر الإضراب ، إلا أنه ينقصه إظهار حق دستورى لا ينبغى حرمان الشعوب منه .

وذهب رأى ثامن حديث إلى تعريف الإضراب « بأنه توقف بعض العمال عن العمل توقفاً كاملاً ومدبراً ، بقصد الضغط على صاحب العمل لحمله على إجابة المطالب المهنية التى سبق له رفضها من قبل . ومن هذا التعريف يجب لتوافر الإضراب قانوناً توافر نوعين من العناصر :

١- *العناصر المادية* وتشمل :

(أ) التوقف عن العمل .

(ب) التوقف الجماعى .

٢- *العناصر المعنوية* وتشمل :

(أ) قصد الإضراب .

(ب) تدبير الإضراب .

(جـ) تحقيق المطالبة المهنية (٢٦) .

---

(٢٢) الدكتور محمد فؤاد مهنا « الوجيز فى القانون الإدارى - المرافق العامة » ط س ١٩٦١ ص ١٥٢ .

(٢٣) الدكتور سليمان الطماوى « مبادىء القانون الإدارى - الكتاب الثانى - نظرية المرافق وعمال الإدارة العامة » ط س ١٩٧٣ ص ١٧٧ .

(٢٤) الدكتور ناصف إمام هلال « إضراب العاملين بين الإجازة والتحريم » ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس سنة ١٩٨٤ ص ٥٦ .

(٢٥) الدكتور محمود جمال الدين زكى « قانون العمل » ط ١٩٨٣ بند ٤١٠ ص ٨٠٤ .

- الدكتور محمد عبد الخالق عمر « قانو ن العمل الليبى » ط س ١٩٧ ص ٧٢٤ .

- الدكتور السيد عيد نايل « مدى مشروعية الإضراب » ط س ١ س ١٩٨٨ ص ١٦ .

(٢٦) الدكتور عبد الباسط محمد محمد عبد المحسن - المدرس بقسم التشريعات الاجتماعية « الإضراب فى قانون العمل » ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه من كلية حقوق القاهرة سنة ١٩٩٢ .

وترى الباحثة تعريف الإضراب « بأنه حق دستورى للشعوب ، يعنى التوقف عن العمل ، توقفاً جماعياً بصفة مؤقتة ، بإرادة العمال ، وتدبيرهم وبقصد تأييد مطالبهم العمالية فى نزاع معين يتعلق بمصالح مهنية معينة .

ويبين من هذا التعريف أنه مستهل بتأكيد دستورية حق الإضراب ، حتى لا يتعنت الحاكم فى الإعتراف أو عدم الاعتراف به للشعب ثم جمع بعد ذلك عناصر الاضراب الأساسية سواء العناصر المادية بعنصريها الثانويين : التوقف عن العمل ، بصفة جماعية ، وسواء العناصر المادية بعنصريها الثانويين : التوقف عن العمل ، بصفة جماعية ، وسواء العناصر المعنوية بعنصارها الثانوية : نية الإضراب وتدبير الإضراب والمطالب المهنية المحددة .

(٦) ٤- تعريف الإضراب فى القضاء المصرى :

لم تتعرض محكمة النقض المصرية - فى القضايا التى عرضت عليها - لتعريف الإضراب - ولكن محكمة أمن الدولة العليا بالقاهرة تعرضت لتعريفه سنة ١٩٨٧ بقولها « أنه الإمتناع الجماعى - المتفق عليه بين مجموعة من العاملين عن العمل لفترة مؤقتة ، لممارسة الضغط للإستجابة لمطالبهم » [٢٧] .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يحدد طبيعة المطالب العمالية التى تبرر الإضراب .

ومن التطبيقات القضائية التى عرضت على محكمة النقض فى مجال الإضراب أنه لا يشترط فى جريمة التحريض على ترك العمل الفردى قصد جنائى خاص ، ولا يلزم التحدث عن ركن القصد الجنائى بعبارة مستقلة فى الحكم ، إذ يكفى القصد العام ، وعدم تحقق جريمة الإضراب عن العمل إذا ما وقع الإضراب دون تقديم طلب التوفيق طبقاً للمادة ٢٠٩ من قانون العمل الملغى ١٩٥٩/٩١ ، وأن طلب التوفيق اللازم - لتحقق جريمة الإضراب عن العمل ، هو ما كان مقدماً وفق المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من قانون العمل الملغى ١٩٥٩/٩١ فحسب .

وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد :

أن كل ما تتطلبه المادة ١٢٤ من قانون العقوبات هو أن يمتنع الموظف أو العامل عن عمله أو يتركه بقصد عرقلة سيره أو الإخلال بإنتظامه وهى لا تستلزم وقوع ضرر بالمصلحة العامة ، ولا أن يكون الممتنعون متعددين [٢٨] .

« لا يشترط القانون لقيام جريمة بالتحريض على ترك العمل الفردى ، توافر قصد جنائى خاص ، بل يكفى لتوافرها أن يحصل التحريض عن إرادة من الجانى وعلم منه بجميع أركانها التى تتكون منها قانوناً ، وإن لم يترتب علي تحريضه أو تشجيعه أية نتيجة . كما أنه لا يلزم أن يتحدث الحكم عن ركن القصد الجنائى بعبارة مستقلة ، بل يكفى أن يستفاد هذا القصد ضمناً من البيانات الواردة فى الحكم [٢٩] .

ولما كانت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٩ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ - الوارد بالباب الخامس بالتوفيق والتحكيم فى منازعات العمل ، قد نصت على أنه : « يحظر على العمال الإضراب أو الإمتناع عن العمل كلياً أو جزئياً ، إذا ما قدم طلب التوفيق المنصوص عليه فى المادة ١٨٩ ، أو أثناء السير فى إجراءاته أمام الجهة الإدارية المختصة أو لجنة التوفيق أو هيئة التحكيم » . « فإنها بذلك

---

(٢٧) محكمة أمن الدولة العليا طوارىء بالقاهرة - جلسة ١٩٨٧/٤/١٦ فى القضية رقم ٤١٩٠ لسنة ١٩٨٦ الأزبكية « رقم ١٢١ كلى شمال القاهرة » الخاصة بإضراب العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر حكم غير منشور .

(٢٨) نقض جنائى ١٩٤٧/٥/١٢ مجموعة القواعد القانونية ١-٢٦٨-٣ .

(٢٩) نقض جنائى ١٩٥٦/٣/٢٠ مجموعة القواعد القانونية ٣-٢٣٤-١ .

تكون قد دلت - وبمفهوم المخالفة - على أن جريمة الإضراب عن العمل تتحقق إذا ما وقع الإضراب دون أن يقدم طلب التوفيق » (٣٠) .

« إن العبرة في الطلب - الذى بدون تقديمه لا تتحقق جريمة الإضراب - ليست بمطلق الشكاوى ، وإنما هي بطلب التوفيق الذى يقدم من الأشخاص وبالأوضاع المبينة في المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من قانون العمل السالف الإشارة إليه ، إلى الجهة الإدارية المختصة للسعى في حل النزاع بالطرق الودية (٣١) .

ثانياً : عناصر الإضراب :

(٧) العناصر الأساسية والثانوية للإضراب :

يتكون الإضراب من نوعين أساسيين من العناصر هما :

العناصر المادية .

والعناصر المعنوية .

وتتكون العناصر المادية من عنصرين ثانويين هما :

التوقف عن العمل .

والتوقف الجماعي .

وتتكون العناصر من ثلاثة عناصر ثانوية هي :

نية الإضراب .

وتدبير الإضراب .

والمطالب المهنية .

وسوف نتكلم عن كل عنصر من العناصر الثانوية الخمسة على التوالى ..

(٨) ١- التوقف عن العمل :

العنصر الأول من العناصر المادية للإضراب هو عنصر التوقف عن العمل ويعتبر التوقف عن العمل هو العنصر الجوهرى للإضراب (٣٢) ، وهو يتمثل أساساً فى إنقطاع العمال عن الذهاب إلى العمل ، ومن ثم عدم تنفيذ الأعمال العادية الملزمين بها . ويقتضى ذلك أن يكون العمال المضربون ملتزمين قانوناً بتنفيذ الأعمال التى إمتنعوا عن تنفيذها (٣٣) ، وذلك أياً كان مصدر هذا الإلتزام ، سواء كان عقداً فردياً أو جماعياً أو نصاً قانونياً أو لائحة داخلية ، أما إذا إمتنع العمال عن أداء عمل غير ملتزمين بأدائه مثل العمل ساعات إضافية غير ملزمة ، فلا يعتبر هذا الإمتناع إضراباً (٣٤) .

والتوقف عن العمل برضاء صاحب العمل الصريح أو الضمنى (٣٥) التوقف عن العمل فى أوقات جرت العادة فيها على ذلك ، على النحو الذى استقر عليه الحال فى فرنسا مدة طويلة ، حيث يتوقف العمال عن العمل فى أول مايو من كل عام (٣٦) .

وتتمثل الصورة العادية للتوقف عن العمل فى التوقف أو الإضراب الكامل ، بمعنى الإمتناع عن الذهاب إلى مكان العمل مدة معينة . ولم يتردد الفقه والقضاء فى الإعتراف بمشروعية الإضراب فى هذه الصورة أياً كان شكل الإضراب . ومن أشكال الإضراب العادى :

الإضراب الدائرى « Tournante » ومعناه توقف العمل فى أحد أقسام المنشأة وإستمرار العمل فى باقى المنشأة ، ثم توقف العمل فى القسم الأول ، وإستمراره فى القسم الثانى وهكذا (٣٧) .

(٣٠) نقض جنائى ١٨/١/١٩٧٦ مجموعة محكمة النقض ٢٧-٧٠-١٤ .
(٣١) نقض جنائي ١٨/١/١٩٧٦ مجموعة محكمة النقض ٢٧-٧-١٤ .
(32) Brun et Galland, op. cit. P. 427 .
(33) Durand et Vitu, t. III. op. cit. P. 739 .
(34) Cass. Soc. 24 juin 1954, Bull. civ, 1954, 4, P. 335
- Sinay et Javillier, op. cit, P. 163 .
(35) Durand et Vitu, t. III op. cit. P. 740 .
- Sinay et Javillier, op. cit P. 164 .
(36) Cass, soc. 15 juin 1934. P.P. 1938, 1. P. 23 - note Roust, dr. soc. 1938. P. 57 .
(37) Camer Lynck et Lyon Caen. op. cit, P. 752 .
- Cass. Soc. 14 Janv. 1960. dr. soc. 1960. P. 491.

والإضراب القصير المتكرر « Debriage » ومعناه توقف العمل فترة قصيرة ، ثم استئنافه فترة أخرى ، ثم توقفه من جديد وهكذا (٣٨) .

والإضراب الجزئى « Partielle » ومعناه توقف بعض عمال المنشأة فقط عن العمل ، مع إستمرار الباقين فى عملهم (٣٩) .

والإضراب المفاجىء « Surpris » ومعناه توقف العمل فجأة دون إعلان مسبق (٤٠) ، إلا إذا وجد نص يوجب هذا الإعلان ، مثل الإضراب فى المرافق العامة فى فرنسا ، حيث تطلب قانون ١٣ يوليو ١٩٦٣ أن يعلن عنه مسبقاً عن طريق النقابات ذات الصفة التمثيلية (٤١) .

وهناك صور غير عادية للتوقف عن العمل ، إختلف الفقه والقضاء الفرنسيين فى الإعتراف بمشروعية أو عدم مشروعية هذه الإضرابات . ومن أشكال الإضراب غير العادى : إضراب الإنتاج « Gréve de rendement » ويسمى الإضراب بالقطارة « Gréve Parlée » ومعناه الإبطاء فى معدل العمل دون توقفه . ورفض عامل غير مضرب أثناء الإضراب تنفيذ عمل غير عمله الأصلى . والإضراب مع إحتلال أماكن العمل (٤٢) .

(٩) ٢- التوقف الجماعى :

العنصر الثانى من العناصر المادية للإضراب هو عنصر التوقف الجماعى فالإمتناع الجماعى للعمل هو الذى يشكل الإضراب ، ذلك أنه إذا إمتنع أحد العمال عن العمل ، فإن هذا الإمتناع الفردى يعد خطأ جسيماً يبرر فصله (المادة ٦١/٥ من قانون العمل ١٣٧/١٩٨١) . وأما إذا إنضم هذا الإمتناع الفردى إلى إمتناع جماعى وتوافرت بعض الشروط الأخرى فإنه يصبح إضراباً مشروعاً ، ولايجوز لصاحب العمل فصل العامل . ويصبح التوقف عن العمل جماعياً من خلال معيارين الأول عضوى والثانى عددى .

وطبقاً للمعيار العضوى تختص النقابات العمالية فقط بتنظيم وإعلان الإضراب ، أما الاضراب الذى يتم عن طريق العمال وحدهم فيعد إضراباً فوضوياً غير مشروع . وتأخذ بهذا المعيار المانيا الغربية (سابقاً) حيث لا يتقرر إعلان الإضراب إلا بموافقة ٧٥٪ من أعضاء النقابة العمالية (٤٣) ، وفرنسا بخصوص إضراب العاملين بالمرافق العامة وفقاً لقانون ١٣ يوليو ١٩٦٣ ، أما فى غير ذلك من حالات الإضراب فيكفى أن يكون الإضراب جماعياً يقوم به عدد من العمال (٤٤) .

وطبقاً للمعيار العددى يكفى إمتناع عدد من العمال عن العمل حتى يشكل هذا الامتناع إضراباً ، سواء كان هؤلاء العمال فى شكل نقابة عمالية ، أم كانوا مجموعة واقعية ، وتأخذ بهذا المعيار مصر ، حيث حدد قانون العقوبات الإضراب المعاقب عليه جنائياً بثلاثة من الموظفين أو المستخدمين (المادة ١٢٤ عقوبات) وإذا كان الأصل هو ضرورة تعدد العمال المضربين فى المشروع فإنه يمكن أن يكون عاملاً واحداً هو الذى إمتنع عن العمل فى المشروع ، ومع ذلك يعد إمتناعه مشروعاً على أساس أنه يعد مضرباً . ويتحقق ذلك فى حالة ما إذا كان هذا العامل يرتبط بحركة مطالبة خارج المشروع الذى يعمل به .

وتقول محكمة النقض الفرنسية فى هذا الصدد أنه بالرغم من أن أحد العمال كان هو العامل الوحيد الذى قام بالإضراب فى المشروع الذى يعمل به ، وبالرغم من أنه لم يعلن عن أية مطالب خاصة به ، إلا أنه كان مشاركاً فى إضراب قومى للإحتجاج ضد خطة الأجور

(38) Cass. Soc. 11 mars 1964, Bull. civ. II: no. 194 .
(39) Camer Lynck et Lyon Caen op. cit P. 751 .
(40) Cass. soc. 20 Janv. 1956. Bull. civ. II no. 71
(41) Sinay et Javillier, op. cit. P. 165 .
(٤٢) أنظر فى تفصيل ذلك .
- Durand et Vitu, t. III. op. cit. P. 740 .
(43) Sinay et Javillier, La gréve, op. cit. P. 124 .
(44) Sinay et Javillier, La gréve, op. cit. P. 161 .

« BARRE » لمكافحة التضخم ، وبصفة خاصة للإحتجاج ضد تجميد الأجور ، والدفاع عن اليد العاملة ، وتخفيض ساعات العمل ، وكلها مطالب مرتبطة بالإهتمامات اليومية للعمال فى المشروع ومن ثم يعد إضراب هذا العامل مشروعاً (٤٥) .

(١٠) ٣- نية الإضراب :

العنصر الأول من العناصر المعنوية للإضراب هو نية الإضراب « Intention gréve » ويقصد بهذا العنصر انصراف قصد العامل إلى خرق شروط عقد العمل (٤٦) وقصد الإضرار بصاحب العمل (٤٧) ذلك أنه حتى يعتبر التوقف الجماعى عن العمل إضراباً ، يجب أن يكون لدى العامل نية الإضراب ، بمعنى أن يكون العامل ملتزماً بالعمل ثم يخرج على هذا الإلتزام وهو يعلم ذلك ولكن لا يعد العمال فى حالة إضراب فى حالات أخرى : مثل إمتناع العمال عن عمل غير ملزمين به (٤٨) ، والتوقف عن العمل برضاء صاحب العمل الصريح أو الضمنى (٤٩) وإمتناع العمال عن العمل عدة إيام لإعتقادهم أنها اجازة (٥٠) ، وإمتناع العمال عن العمل لوجود قوة قاهرة إذ يعفون من أداء إلتزاماتهم التى أصبحت مستحيلة وفى هذه الحالة لا يكون لدى العمال نية الخروج على الشروط التعاقدية (٥١) .

(١١) ٤- تدبير الإضراب :

العنصر الثانى من العناصر المعنوية للإضراب هو تدبير الإضراب « administration de gréve » ويقصد بهذا العنصر ألا يكون التوقف عن العمل بطريقة جماعية مجرد تزامن لحالات امتناع فردية لأسباب قضائية . وقد عبر قانون العقوبات المصرى عن هذا العنصر عند تحديد الاضراب المعاقب عليه جنائياً . بنصه على أن يكون الموظفون أو المستخدمون متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك (المادة ١٢٤ عقوبات) .

ويكون الإضراب مدبراً فى حالتين :

الحالة الأولى : الإتفاق السابق على الإضراب . ويقصد به الإتفاق فيما بين العمال على الإضراب قبل إعلانه ويتم هذه الإتفاق بأى طريقة ينظمها القانون أو عقد العمل الجماعى سواء عن طريق التصويت فيما بين العمال ، أو عن طريق النقابة العمالية ، خاصة فى الدول الرأسمالية المتقدمة مثل فرنسا ، حيث تتولى تنظيم الإضراب وتحديد شكله وبدء تنفيذه ومدته وتعيين لجنة الإضراب للإشراف على تنفيذه ، ثم تصدر أوامرها إلى أعضائها (٥٢) .

ويلاحظ أن القضاء الفرنسى لا يتطلب وجود النقابة العمالية طرفاً فى الإضراب إلا فى حالة إضراب العاملين بالمرافق العامة وفقاً لقانون ١٣ يوليو ١٩٦٣ على النحو الذى رأيناه عند الكلام عن التوقف الجماعى (٥٣) .

الحالة الثانية : تلاقى النوايات . ويقصد به تلاقى نوايا العمال حول الإضراب بمعنى أن يكون كل منهم قد توقف عن العمل بقصد الاضراب لتحقيق ذات الهدف أما إذا إختلف سبب التوقف من عامل إلى آخر فلا يكون هناك إضراب رغم حصوله بطريقة جماعية (٥٤) .

---

(45) Cass. Soc.29 mai 1979, dr.ouvr,1980,P. 18 .
(46) Sinay et Javillier, op cit. P. 163 .
(47) Sinay et Javillier, op. cit, P. 164 .
(٤٨) راجع ص ١٢ هـ ٣٤ .
(٤٩) راجع ص ١٣ هـ ٣٥ .
(50) Cass soc.,22 Juin 1954,D,1957, P. 675 et s.
(51) Givord, op. cit, no. 5.
(52) Brun et Galland, op. cit. P. 434 .
(٥٣) راجع البند ٤٨ ص ١٤ .
- Cass, soc. 20 Janv.1956, dr.Soc. 1956. P. 287 .
(54) Sinay et Javillier, op. cit. P. 165 .

(١٢) ٥- **المطالب المهنية :**

العنصر الثالث من العناصر المعنوية للإضراب هو المطالب العمالية « Revendicationa-Ouvrieres » ، ويقصد بهذا العنصر أن يكون الباعث على الإضراب تحقيق مطالب مهنية ، رفض صاحب العمل منحها للعمال ، أما إذا إمتنع العمال عن العمل بطريقة جماعية دون أن تكون لهم مطالب يهدفون إلى تحقيقها ، فلا يكون هناك إضراب ومثال ذلك ترك جماعة من العمال عملهم بقصد المشاركة في مهرجان رياضي أو احتفال عام (٥٥) .

ويشترط في هذا العنصر توافر أربعة شروط هي :

١- ضرورة التحديد السابق للمطالب المهنية ، فقد يقوم صاحب العمل بتحقيقها إذا علم بها مما يؤدي إلى تجنب اللجوء إلى الاضراب (٥٦) . وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلي أن « التعبير السابق عن المطالب ، هو الذي يسمح بتمييز الإضراب عن العصيان حتى ولو كان جماعياً ومدبراً ، وكذلك تمييزه عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية (٥٧) .

٢- إشتمال المطالب المهنية على كل ما يتعلق بمصالح العمال ، سواء نشأت هذه المصالح عن عقد العمل أو لمجرد الرغبة في تحسين ظروف العمل بصفة عامة (٥٨) ، مع تقييدها بأن يكون في إمكان صاحب العمل تحقيقها وألا تتجاوز قدراته ، وألا تكون خارج حدود المشروعية (٥٩) .

٣- تعلق المطالب بالإضراب المهني ، أي بالمطالب المهنية أو الإجتماعية ، دون البواعث الأخرى مثل الإضراب السياسي « gréve politique » حتى لا يرتكب العمال خطأ ، ويمكن لصاحب العمل فصلهم (٦٠) .

٤- أنه بخصوص إضراب التضامن « Gréve De Solidarité » حيث يمتنع مجموعة من العمال للدفاع عن مصالح مجموعة أخرى من العمال ، فهم لا يهدفون إلى تحقيق مصلحتهم الخاصة ، بل يهدفون إلى تحقيق مصلحة مهنية لغيرهم .

ويذهب الرأي الراجح في فرنسا في الوقت الحاضر إلى صحة إضراب التضامن بصفة عامة طالما كان الهدف منه تحقيق مصلحة مهنية جماعية لمجموعات من العمال (٦١) .

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية (٦٢)

المبحث الثاني
مدى مشروعية الإضراب

(١٣) **تمهيـــد :**

تكلمنا في المبحث الأول عن ماهية الإضراب ، وذلك من خلال بندين كبيرين ، البند أولاً في تعريف الإضراب والبند ثانياً في عناصر الإضراب ، وذلك على النحو السالف .

ونتكلم في المبحث الثاني عند مدى مشروعية الإضراب ، وذلك من خلال بندين كبيرين :

---

(55) Durand et Vitu,op. cit. P. 749 .

(٥٦) الدكتور السيد عيد النايل ، المرجع السابق ، ص ٤٦ .

(57) Cass. Soc. 26 mars cité par sinay et Javillier, op. cit. P. 168 .

(٥٨) الدكتور محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ص ٧٢٧ .

- Sinay, la gréve 1ére éd, P. 144 .

(٥٩) الدكتور السيد عيد نايل ، المرجع السابق ص ٤٨ .

(60) Nabil Saad : " La suspension dans l'execution du contrat " thése Dijon, 1980. P. 140 .

(61) CamerLynck Encyclopedie Dalloz, voit, "Gréve" no. 54 .

- Sinay et Javillier, op. cit. P. 205 .

(62) Cass. Soc. 5 oct. 1960, Bull II. no. 819 .

- Cass. Soc. 4 Juin, 1959. P. 487 .

- Cas. Soc. 30 nov, 1977, Bull. V. P. 523 .

- Cass. Soc. 18 mars, 1982, D. 1982, I. R. P. 169, note pelissier .

البند أولا : فى مشروعية الإضراب ، وذلك من خلال القانون المقارن ، سواء فى الدول الرأسمالية التى تعترف بحق الإضراب ، أو فى الدول الدكتاتورية التى تنكر حق الإضراب ، ثم فى الدول العربية .

والبند ثانياً: فى مدى مشروعية الإضراب فى القانون المصرى ، سواء فى فترة إباحته وإعتباره من الحريات العامة قبل سنة ١٩٢٣ أو فى فترة تناقض الدولة مع نفسها بين تجريمه سنة ١٩٣٧ والتوقيع على الإتفاقية الدولية للحقوق الإقتصادية والاجتماعية والثقافية التى تبيحه سنة ١٩٨٢ وذلك على التفصيل الآتى :

اولا : مشروعية الإضراب فى القانون المقارن :

(١٤) ١- *الدول التى تعترف بحق الإضراب :*

تعترف الدول الرأسمالية بحق الإضراب بصفة عامة وتعترف الدول الصناعية بصفة خاصة ، سواء فى أوربا الغربية أو الأمريكتين الشمالية والجنوبية أو غرب أسيا أو استراليا مثل فرنسا وبريطانيا وإيطايا وبلچيكا وهولندا وأسبانيا والنمسا والسويد والنرويج [١] . والولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك والبرازيل واليابان والهند واستراليا [٢] .

ويعتبر الإضراب فى بعض الدول التى تعترف به حقاً دستورياً « Droit Constitutionnel » مثل فرنسا وإيطاليا وأسبانيا والمكسيك والبرازيل وفى بعض هذه الدول يعترف الدستور بحق الإضراب دون تحديد مضمونه ، ودون وجود تشريع يحدد ذلك المضمون أو طرق ممارسة الإضراب ، ثم يترك الأمر لقاضى الموضوع ليحدد مدى وشروط ممارسة حق الإضراب مثل ايطاليا وأسبانيا وفى البعض الآخر من الدول ينص على مبدأ مشروعية الإضراب ثم يترك الأمر للمشرع ليحدد مدى وشروط ممارسة حق الإضراب مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية .

ولا يعتبر الإضراب المهنى فى الدول التى تعترف به حقاً مطلقاً « droit absolu » ولكنه حق مقيد « droit limité » بقيدين أساسيين هما : عدم المساس بالنظام العام « ordre public » وعدم التعسف فى إستعمال حق الإضراب « abus de droit de gréve » [٣] .

فبعض الدول التى تعترف بحق الإضراب ، تمنع الموظفين العموميين من ممارسة هذا الحق مثل الولايات المتحدة الأمريكية (قانون تافت - هارتلى ١٩٤٧/٦/٢٣ ، المعدل بقانون لاندروم جرفين سنة ١٩٥٩ [٤]) . وبعض الدول التى تعترف بحق الإضراب للموظفين العموميين تقيد ممارسته بقيود كضرورة الإعلان عنه مسبقاً عن طريق النقابة الأكثر تمثيلاً مثل فرنسا .

وبعض الدول التى تعترف بالإضراب المهنى للعمال بصفة مطلقة ، وللموظفين العموميين بصفة مقيدة ، وتحرمه تحريماً مطلقاً على بعض طوائف من الموظفين العموميين كرجال القضاء [٥] ، ورجال البوليس [٦] ، والملاحة البحرية [٧] مثل فرنسا .

الدول العربية التى تعترف بحق الإضراب :

تعترف بعض التشريعات العربية بحق الإضراب ، وتنظمه فى قوانين العمل ، أو اللوائح المنظمة لتسوية المنازعات الفردية أو الجماعية فى إطار قانون العمل ، وذلك على النحو الآتى :

١- من التشريعات العربية التى تعترف بالإضراب تشريع دولة قطر ، فقد نص قانون العمل القطرى رقم (٣) لسنة ١٩٦٢ على الحق فى الإضراب ،

(1) Sinay et Javillier, op. cit. P. 125 et s.
(2) Durand et Vitu, t. III. op. cit. P. 716 .
(٣) الدكتور ناصف إمام هلال ، المرجع السابق ص ٨٥ ومابعدها .
(4) Sinay et Javillier, op. cit. P. 129 et s .
(5) Loin n. 58- 1270 du 22 dec. 1958 .
(6) Loin n. 48- 1504 du 28 sep. 1947 .
(7) Loin n. 64-650 du 2 juillet. 1964 .

ونظمه فى الباب الثانى عشر الخاص بإضراب العمال ووقف العمل ، الذى تضمن الحالات التى يجوز فيها الإضراب ، والاجراءات الواجب اتباعها حتى يكون الإضراب مشروعاً (المادتان ٦٩ ، ٧٠) مع حظر الإضراب على أى عامل فى أية مؤسسة للمياه أو للكهرباء أو الغاز أو للصحة أو فى أعمال مكافحة الحريق أو فى أعمال التبريد ، كما حظرت أى عامل يضرب عن العمل مع علمه أن من بين النتائج المحتملة لتركه الخدمة أو إضرابه عن العمل أن يعرض للخطر الصحة العامة أو حياة أى فريق من الناس بحرمانهم من خدمة أو أكثر أو أن يلحق أضراراً جسيمة بالأملاك العامة أو الخاصة (المادة ٧١) [٨] .

٢- نص قانون العمل فى الجمهورية الإسلامية الموريتانية رقم ١٩٦٣/٢٣ المعدل بالقانون ١٩٧٦/١٦ على وقف عقد العمل أثناء الإضراب الذى يقع وتراعى فيه إجراءات لائحة المنازعات الجماعية (المادة ٦/٣٠) [٩] .

٣- نص قانون العمل العراقى رقم ١٥١ / ١٩٧٠ على أنه « إذا إمتنع صاحب العمل أو أصحاب العمل عن الرضوخ لقرار محكمة العمل العليا رغم مضى ثلاثة أيام على تبليغه أو تبليغهم القرار يحق للعمال أصحاب العلاقة أن يتوقفوا عن العمل أو أن يعتصموا فى العمل أو أن يعلنوا الاضراب عنه ويخرجوا بمظاهرة سلمية ، وتكون اجراءاتهم هذه مشروعة إذا لم يلازمها أى عمل من أعمال العنف أو الإخلال بالأمن والنظام العام (المادة ١٣٤) .

فبعد أن نظم القانون طرق حل المنازعات بالطرق السلمية أبيح حق الإضراب إذا ما لم يزعن صاحب العمل لحكم محكمة العمل العليا بل أعطى العمال الحق فى الخروج بمظاهرة سلمية (المواد ١٣٠-١٣٣) [١٠]

لا تعرف الباحثة سبباً لهذه المظاهرة إذا كان صاحب العمل شخصاً طبيعياً أى ليس جهة حكومية ، فكان يجب على النص الإكتفاء بتقرير حق العمال فى الإضراب .

٤- نص قانون العمل فى المملكة الأردنية الهاشمية رقم ٢١/ ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ١٩٧٢/٢٥ على تقرير حق العمال فى الإضراب كذا نظام رقم ١٩٦٣/٣٣ الخاص بالإجراءات المتعلقة بإشعارات الإضراب والغلق وذلك على النحو الآتى :

« لا يجوز لأى عامل أن يضرب : ١- دون أن يعطى صاحب العمل إشعاراً بالإضراب حسب الصورة المعينة بالأنظمة المختصة قبل مدة لا تقل عن أربعة عشر يوماً من تاريخ الإضراب أما إذا كان العامل مستخدماً فى إحدى خدمات المصالح العامة فيكون إرسال الإشعار قبل مدة لا تقل عن ثمانية وعشرين يوماً (المادة ١٠٣) كما نظم الإضراب المواد ١٠٤ - ١٠٩ من القانون ٢١/ ١٩٦٠ المعدل » .

وكذا نظام رقم ١٩٦٣/٣٣ وهو نظام الاجراءات المتعلقة بإشعارات الإضراب والإغلاق المواد ١-٤ من النظام [١١] .

٥- نص قانون العمل التونسى رقم ١٩٦٦/٢٧ على أن « كل قرار بالإضراب أو بصد العمال عن مباشرة عملهم يجب أن يسبقه تنبيه بعشرة أيام يوجه من قبل الطرف المعنى إلى الطرف الآخر وإلى مكتب الجهوى للتصالح أو إن تعذر ذلك التفقدية الجهوية للشغب المختصة ترابياً بيد أن

(٨) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ١٩ و٢٠ .
(٩) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ١٢ .
(١٠) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣٩ و٤٠ .
(١١) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثانى - ص ٤٤ و٥٤ .

سريان مفعول التنبيه المسبق يكون بداية من إشعار المكتب الجهوى للتصالح أو التفقدية الجهوية للشغب وعلاوة على ذلك فإن الإضراب أو الصد يجب أن تتم المصادقة عليه من طرف المنظمة المركزية للعمال أو منظمة المؤجرين المركزية (الفصل ٣٧٦ مكرراً - أى المادة ٣٧٦ مكرراً) .

وقد أضيف هذا الفصل (أى المادة) إلى قانون العمل التونسى بموجب القانون رقم ١٩٧٦/٨٤ .

ونجد أن قانون العمل التونسى قد قرر الإضراب للعاملين ، بشرط أن يسبقه تنبيه لصاحب العمل قبل الإضراب بعشرة أيام ، كما إشترط القانون التونسى موافقة المنظمة النقابية التابع لها العمال على القيام بالإضراب [١٢] .

٦- ونص قانون العمل الجزائرى رقم ٧٨-١٢ سنة ١٩٧٨ على جعل الإضراب حقاً دستورياً فى الفصل الأول من الباب الأول الخاص بحقوق العامل بقوله « تطبيقاً للمادة ٦١ من الدستور ، فإن حق الإضراب معترف به فى القطاع الخاص ، ويمارس وفقاً للكيفيات المحددة بموجب القانون.

ويحدد هذا القانون على الخصوص ، إجراءات التحكيم والمصالحة والمسئوليات التى تؤول للهيئة النقابية » (المادة ٢١) [١٣] .

ويلاحظ أنه بجانب أن الدستور الجزائرى ينص على حق الإضراب ، فإن قانون العمل نص عليه أيضاً ضمن حقوق العامل التى تكلم عنها الفصل الأول من الباب الأول فى قانون العمل الجزائرى .

وترى الباحثة أن إتجاه بعض التشريعات العربية إلى تقرير حق الإضراب ، والنص عليه فى قانون العمل ، وفى الدستور كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائرى . هو إتجاه محمود ، يساير التشريعات الأجنبية المتطورة والمتحضرة لأنه كما سبق القول كلما زادت الحريات ، كلما زاد الإنتاج ، ولا يضير المشرع أن يعطى فرصة للعمال للإحتجاج الجماعى على ظلم ألّم بهم ، أو ظروف صعبة يعملون فيها ، ثم يعود إلى العمل بنفس مطمئنة ويعملون على زيادة الإنتاج ... بدلاً من تواجدهم فى العمل ، ولكن إنتاجهم ضعيف أو ردىء ، فى هذه الحالة لن يضيروا صاحب العمل وحده وإنما يضار إقتصاد دولة بأسرها .

٧- ونص قانون العمل الليبى رقم ٥٨/ ١٩٧٠ على إباحة حق الإضراب فى الباب الخامس الخاص بمنازعات العمل بقوله « يحظر على العمال الإضراب أو الإمتناع عن العمل كلياً أو جزئياً ، وكذلك يحظر على صاحب العمل وقف العمل كلياً أو جزئياً قبل إستيفاء جميع إجراءات التوفيق والتحكيم المنصوص عليها فى هذا الباب (المادة ١٥٠) ، « يكون للعمال ، كما يكون لصاحب العمل حق وقف العمل كلياً أو جزئياً إذا ما صدر لصالح الطرفين حكم نهائى أو قرار من هيئة التحكيم أو كان محضر مجلس التوفيق منهياً للنزاع وإمتنع الطرف الآخر عن تنفيذه ، خلال أسبوع من تاريخ إعلانه به » .

ويجب أن يخطر أحد الطرفين كلاً من الطرف الآخر ومدير عام العمل بالعزم على الإضراب أو وقف العمل بكتاب مسجل قبل الموعد المحدد لبدء الإضراب أو وقف العمل بأسبوعين على الأقل ، (المادة ١٥١) ، « لا يترتب على الإضراب الذى يقع وفقاً لأحكام المادة السابقة فسخ عقد العمل ، ويحتفظ العمال خلال فترة الإضراب بكامل أجورهم وحقوقهم الأخرى (المادة ١٥٢) [١٤] .

---

(١٢) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثانى - ص ٩١ .
(١٣) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثانى - ص ٦ .
(١٤) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثانى - ص ٢٩ .

(١٥) ٢- الدول التى تنكر حق الإضراب :

تنقسم الدول التي تنكر حق الإضـراب إلي طائفيتين :

الطائفة الأولى : هى الدول ذات النظام الإشتراكى التى تسمى بدول الديمقراطيات الشعبية ، وذلك على أساس أن الإضراب يتعارض مع طبيعة هذا النظام ، ذلك أنه إذا كان الإضراب يعبر عن الصراع الطبقى وأن المجتمع الاشتراكى يقوم على أساس نظام الطبقة الواحدة وبالتالى لا يعترف بالإضراب (١٥) ... وبمعنى آخر فإنه إذا كان الإضراب هو وسيلة ضغط ضد صاحب العمل فإن صاحب العمل فى هذه الدول هو الدولة ذاتها ، وحق تمثل السلطة الحاكمة الطبقة العاملة ، وبالتالى فإن العمال لا يملكون الوسائل التى تمكنهم من تنظيم جميع المسائل المتعلقة بالعمل ، والمتعلقة بحقوقهم بصفة عامة (١٦) .

ويلاحظ أنه داخل الطائفة الأولى نجد بعض الدول لا تعترف بالإضراب مطلقاً مثل الإتحاد السوفيتى (سابقاً) وتشيكوسلوفاكيا (سابقاً) وبلغاريا (١٧) . ونجد البعض الآخر من الدول تعترف بالإضراب صورياً ، حيث يعد الإضراب حقاً دستورياً مقرراً للنقابات العمالية ذات الروح الشيوعية ، لكن لم يحدث أن قامت هذه النقابات بتنظيم أى إضراب مثل المانيا الشرقية (سابقاً) (١٨) ، وبولندا حيث كان بروتوكول ١٣ أغسطس ١٩٨٠ يكفل حق الإضراب ، ومع ذلك إتخذت إجراءات عسكرية شديدة ضد أعضاء نقابة تضامن فى ١٣ ديسمبر ١٩٨١ ، وحيث ينص قانون ٨ أكتوبر ١٩٨٢ على حق الإضراب بشرط إستنفاد طرق التسوية السلمية لمنازعات العمل ، وينص على عقوبات صارمة فى حالات الإضراب دون إتباع هذه الإجراءات (١٩) .

وكان لغياب الحريات والحقوق فى هذه الشعوب الشيوعية أثره على الإنتاج ولعل فى المقارنة بين ضعف إقتصاديات المانيا الشرقية (سابقاً) التى عايشت الدكتاتورية الماركسية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية حتى تمت الوحدة الألمانية عام ١٩٩٢ وبين قوة إقتصاديات المانيا الغربية (سابقاً) التى إعتنقت الحرية ، واحترمت حقوق الإنسان فتخلصت من دمار الحرب وبلغت ذروة الرخاء ، فالشعب المكبل بالقيود والأغلال لا يجد القوة المادية ولا الطاقة المعنوية التى تدفعه إلى الإخلاص فى العمل وحسن الإنتاج (٢٠) .

والطائفة الثانية هى الدول ذات الأنظمة السياسية العسكرية والديكتاتورية وهى تنكر أيضاً وجود التعارض بين مصالح العمال ومصالح أصحاب الأعمال ، على أساس حجة مزيفة هى أن المصلحة القومية تقتضى منع الإضراب وعدم بلوغ شعوبها درجة من الوعى أو النضج تؤهلها لممارسة حق الإضراب بطريقة مشروعة (٢١) .

ويذهب أستاذنا الدكتور رمسيس بهنام إلى الاعتراف بحق الإضراب مع وجوب تقييده ، وعدم جواز تجريمه إلا فى الحدود التى يتعارض فيها مع المصالح الوطنية فى دول العالم الثالث النامية ، على أساس أن هذه الدول فى حاجة إلى زيادة الإنتاج حتى تقلل من الهوة الواسعة التى تفصلها عن الدول الصناعية المتقدمة تأسيساً على أن الإتفاقية الدولية قد أجازت للأقطار النامية تقييد حق الإضراب بما يتناسب مع ظروف إقتصادها الوطنى (المادتان ٢ و٨ من الإتفاقية) (٢٢) .

---

(١٥) الدكتور ناصف إمام هلال ، المرجع السابق ص ٤٠٩ .

(16) Sinay et Javillier, op. cit. P. 115 .

(17) Fabre : " Théorie des democraties populaires 1955, P. 41 et s .

(18) Durand et Vitu, op. cit. P. 720 .

(19) Sinay et Javillier, op. cit. P. 124 .

(٢٠) الدكتور ماجد راغب الحلو - أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية حقوق الأسكندرية « الدولة فى ميزان الشريعة » ط ١ س ١٩٩٤ ص ٣٣٧ .

(21) Sinay et Javallier, op. cit. P. 117 .

(٢٢) أستاذنا الدكتور رمسيس بهنام فى مناقشة خاصة مع سيادته .

وتؤيد الباحثة رأى أستاذها الفاضل لوجاهة حجته ، وتضيف أن حق الإضراب هو من الحقوق الدستورية التى لا يجوز حرمان أى شعب منها تحت أية حجة أياً كانت ، لأن المعروف أن الكبت يولد الإنفجار ، ويزيد الشعور بالتضامن بين العمال ، الأمر الذى يدفعهم إلى الاتحاد والتكتل من أجل الدفاع عن مصالحهم وإنتزاع حقوقهم من أصحاب الأعمال ، ومن هنا فإن الإضراب هو السلاح الفعال فى أيدى الطبقة العاملة ، الذى تستخدمه للضغط على أصحاب الأعمال لإجبارهم على تحقيق المطالب المهنية .

ولا شك أن من الأفضل الاعتراف بحق الإضراب وتنظيمه من الناحية التشريعية بدلاً من الإصرار على تحريمه ، مع قيام مخاطر الإنفجار التى قد تؤدى إلى تحطيم وسائل الإنتاج بدلاً من زيادة الإنتاج .

ثم أن الحجة التى تستند اليها الأنظمة العسكرية والدكتاتورية فى إنكار حق الإضراب ، وهى عدم بلوغ شعوبهم درجة من الوعى أو النضج تؤهلها لممارسة حق الإضراب بطريقة مشروعة . هذه الحجة مزيفة هدفها الأساسى تبرير الدكتاتور أنه الوحيد المؤهل لممارسة كل الحقوق وحرمان الشعب من ممارسة حقوقه بدلاً من العمل على الإرتقاء بشعبه .

وأخيراً فإن تقييد حق الإضراب بفرض القيود القانونية على ممارسته بما يتناسب مع ظروف الاقتصاد الوطنى للدول النامية شىء ، وإنكاره أو تحريمه كلية شىء آخر ، فالأول لا بأس به ، أما الثانى فلا يمكن التسليم به .

الدول العربية التى لا تعترف بحق الإضراب :

كثيرة هى التشريعات العربية التي لا تعترف بحق الإضرار ، ولا تنص عليه فى قوانينها الوطنية وتركت تسويات المنازعات العمالية للجان المنصوص عليها فى القوانين واللوائح ونظمت عمل هذه اللجان ولم تبح إستعمال الإضراب فى حالة المنازعات التى لم تتوصل هذه اللجان إلى حل هذه المنازعات ، وذلك على النحو الآتى :

١- نص قانون العمل السعودى المرسوم الملكى ١٩٦٩/٢١ فى الفصل الحادى عشر فى المواد من ١٧٢ - ١٨٨ على إنشاء لجان لتسوية نزاعات عمالية وحدد تفصيلاً أعمال هذه اللجان وجعل من إختصاص هذه اللجان النظرى الدعاوى المرفوعة إليها . وإذا أراد أحد طرفى هذا النزاع إستئناف قرار اللجنة الإبتدائية ، يكون الإستئناف بطلب يقدم إلى اللجنة العليا خلال ثلاثين يوماً من تبليغه القرار الراغب فى إستئناف (المواد ١٧٢ - ١٨٨) [٢٣] .

٢- كذلك لم ينص قانون علاقات العمل الفردية لسنة ١٩٨١ ، لجمهورية السودان الديمقراطية على حق الإضراب كما أنه لم ينظم حل الخلاف والمنازعات العمالية إلا من خلال قانون العلاقات الصناعية لسنة ١٩٨٦ وجعل حل ما يقوم من منازعات عمالية قاصرة على اللجان التى نظمها هذا القانون الأخير [٢٤] .

٣- كما نظم قانون العمل الكويتي رقم ١٩٦٤/٢٨ حل المنازعات العمالية فى الباب الرابع عشر من قانون العمل الخاص فى التوفيق والتحكيم فى منازعات العمل الجماعية ولم يقرر قانون العمل الكويتي حق الإضراب للعمال فى حالة قيام أي نزاع بينهم وبين أصحاب الأعمال (المواد ٨٨-٩٣) [٢٥] .

٤- كذا قانون العمل اليمني الصادر بالقانون رقم ١٩٧٠/٥ لم يقرر حق الإضراب للعمال ، وإكتفى

(٢٣) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣٩ - ٤٢ .
(٢٤) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثانى - ٣ .
(٢٥) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثانى - ص ١٨ و١٩ .

بالنص فى الفصل العاشر من القانون الخاص بلجان العمل وتسوية الخلافات على جعل تسوية الخلافات والمنازعات العمالية من إختصاص هذه اللجان التى نظم أعمالها وتشكيلها (المواد ١٦٢ ـ ١٨٥) [٢٦] .

٥- كذلك لم يقرر حق الإضراب فى قانون العمل السورى رقم ١٩٥٩/٩١ وهذا ما أنتجه قانون العمل المصرى الملغى وقانون العمل السورى الحالى [٢٧] .

٦- وهكذا نجد الكثير من التشريعات العربية لم تعترف بحق الإضراب ولم تنص عليه فى قوانين العمل بها ، مثل القانون الإتحادى رقم (٨) لسنة ١٩٨٠ لدولة الإمارات العربية المتحدة [٢٨] ، والمرسوم بقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون العمل فى القطاع الأهلى لدولة البحرين [٢٩] . وفى عمان صدر المرسوم السلطانى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٣ الذى حرم الإضراب أو التحريض بنصه على أنه يمنع التحريض على الإضراب منعاً باتاً لأى سبب كان ويتبع النظام المذكور فى هذا الباب حين وجود نزاع حول شروط الإستخدام أو ظروف العمل ، (المادة ١٠٠) [٣٠].

وهكذا نجد أن الكثير من التشريعات العربية قد قررت حق الإضراب ونصت عليها فى قوانين العمل ووضعت له الشروط الواجب توافرها حتى يعد الإضراب مشروعاً ، ونجد تشريعات عربية كثيرة أوردنا بعضها على سبيل المثال لا الحصر ، تنكر هذا الحق بل البعض نص على تجريمه صراحة فى قانون العمل مثل التشريع العماني (المادة ١١٤) [٣١] .

والغالب دائماً فى نظم الحكم العسكرية أنها لا تبيح حق الإضراب لأن هذه النظم دائماً تنظر إلى شعوبها نظرة دونية ، وأن هذه الشعوب لم تبلغ من الوعي والحضارة مايحق لها منحها حقاً ديمقراطياً مثل حق الإضراب .

ثانياً مدى مشروعية الإضراب فى القانون المصرى :

(١٦) ١ - مرحلة تقييد الإضراب فى مصر :

١- قبل سنة ١٩٢٣ لم يكن الإضراب محرماً فى مصر ، بل كان يعد إحدى الحريات العامة . ولا غرابة فى ذلك ، لأن إعجاز الحضارة المصرية القديمة لا يقتصر على السر الخفي وراء القواعد الهندسية الفنية التى عرفها واستخدمها المصريون القدماء فى رفع وبناء الأهرامات ، بل يمتد هذا الإعجاز إلى أنه كان يوجد وعي إجتماعي لدى العامل المصري فى ذلك الوقت ، تمثل فى أن مصر عرفت أول إضراب فى التاريخ الإنساني فى عهد الأسرة العشرين الفرعونية قام به عمال القبور ضد الملك ، حيث واجهت جموع العمال رمسيس الثالث وتصدت له مطالبة بلقمة العيش والحق فى الحياة ، وأخذ الإضراب صورة التوقف الجماعي عن العمل ، وقاد العمال مظاهرة تحت شعار « نحن جوعى لا تأخذ مستحقاتنا » [٣٢] .

٢- وفى سنة ١٩٢٣ ، صدر القانون ١٩٢٣/٣٧ الذي حرم الإضراب على الموظفين العموميين والمستخدمين العموميين والأجراء الذين يشتغلون بأي صفة كانت فى خدمة الحكومة أو فى خدمة سلطة من سلطات الأقاليم أو السلطات البلدية أو

(٢٦) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣٥ و٣٦ .
(٢٧) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣ .
(٢٨) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣ .
(٢٩) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣ .
(٣٠) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٢٨ . .
(٣١) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣٠ .
(٣٢) الأستاذ فوزى الإخناوى « مصر الفرعونية » بين الماضى والحاضر ط١ س ١٩٩٣ ص ١٠٦ .

المحلية ، وعاقب المضربين بالحبس مدة لا تتجاوز ستة شهور أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه (المادة ١٠٨ مكرراً من قانون العقوبات سنة ١٩٠٤ ، المضافة بالقانون ١٩٢٣/٣٧) كما نظم إضراب المستخدمين والإجراء التابعين لمصلحة خاصة حاصلة على امتياز بإدارة عمل من الأعمال ذات المنفعة العامة ، وجعل الإضراب دون إتباع الإجراءات التي حددها جريمة معاقباً عليها بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً (المادة ٣٢٧ مكرراً من قانون العقوبات سنة ١٩٠٤ ، المضافة بالقانون ١٩٢٣/٣٧) [٣٣] أما غير هؤلاء الأجراء فلم يتعرض المشرع لحقهم في الإضراب لا بالتحريم ولا بالتنظيم ، ومن ثم يظل الإضراب مباحاً بالنسبة لهم [٣٤] .

٣- وفي سنة ١٩٤٦ صدر المرسوم بقانون ١٩٤٦/١١٦ بتعديل المادتين ١٠٨ مكرراً و٣٢٧ مكرراً عقوبات سنة ١٩٠٤ ، اللتين أصبحتا بعد ذلك المادتين ١٢٤ و ٣٧٤ عقوبات سنة ١٩٣٧ ، كما أضاف هذا المرسوم ثلاث مواد جديدة بأرقام ١٢٤ (أ) و ١٢٤ (ب) و١٢٤ (جـ) . وقد جاء المرسوم بقانون ١٩٤٦/١١٦ أكثر تشدداً من القانون ١٩٢٣/١٣٧ ومظاهر التشدد في المادة ١٢٤ عقوبات الآتي :

١- أنها لم تستلزم وجود اتفاق على الترك أو الامتناع عن العمل ، بل تكتفي بوجود الغرض المشترك لتوقيع العقاب .

٢- أنها استحدثت صورة جديدة لترك العمل المعاقب عليه هي الاستقالة .

٣- أنها شددت العقاب بعد التعديل .

٤- أنها اعتبرت التحريض على إضراب الموظفين والمستخدمين العموميين جنحة ولو لم يؤد هذا التحريض إلى نتيجة . وكذلك تحبيذ الإضراب أو إذاعة أخبار تحبيذ غير صحيحة عنه أو الاعتداء على حق الموظفين في العمل باحدى الطرق التي حددها .

٥- أنها اعتبرت الاشخاص الذى يندبون لتأدية عمل معين من أعمال الحكومة أو السلطات الاقليمية في حكم الموظفين والمستخدمين العموميين [٣٥]

ومن مظاهر التشدد في المادة ٣٧٤ عقوبات الآتي :

١- أنها لم تعد مقصورة على المستخدمين والأجراء التابعين لمشروع حاصل على امتياز بإدارة عمل من الأعمال ذات النفع العام بل اتسع نطاقها لتشمل المستخدمين والأجراء الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة في المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة ولو لم يكن موضوعاً لها نظام خاص مثل عمال المشروعات الخاصة ذات النفع العام التي تؤدي خدمات هامة للجمهور ، وإن كانت لا ترقى إلى مرتبة المرافق العامة كعمل شركات الصناعات الكبرى والمستشفيات الخاصة وغيرها . [٣٦]

٢- أنها حظرت إضراب عمال المشروعات الحاصلة على امتياز بإدارة عمل من الأعمال ذات المنفعة العامة الذى كان مباحاً من قبل بشرط اخطار السلطة الإدارية قبل حصوله بخمسة عشر يوماً وقد انتقد بعض الفقه هذا الحظر على أساس أن عمال هذه المشروعات الخاصة لا يتمتعون بالضمانات التي يتمتع بها موظفو الحكومة ومستخدموها حتى نسوي بينهم ونجردهم من سلاح الإضراب [٣٧] .

---

(٣٣) راجع قانون العقوبات وأحكام النقض « مجموعة محمد صديق سليم سنة ١٩٣١ » ص ٦٢ و٢٢٧ .

(٣٤) الدكتور محمد حلمي مراد ، المرجع السابق ص ٤٢٥ هـ (١) .

(٣٥) الدكتور محمد حلمي مراد المرجع السابق ص ٤٢٨ وما بعدها .

(٣٦) الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٣٧) الدكتور محمد حلمي مراد المرجع السابق ص ٤٣٢ .

٤- وفى سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بقانون ١٩٤٨/١٠٥ وجاء أكثر تشدداً من المرسوم بقانون ١٩٤٦/١١٦ ذلك أن قانون سنة ١٩٤٦ كان يحرم الإضراب على الموظفين العموميين والمستخدمين العموميين المادة ١٢٤ عقوبات والمستخدمين والعمال الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة فى المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة (المادة ٣٧٤ عقوبات) أما الطوائف الأخرى من العاملين بالقطاع الخاص الذين تتناولهم المادة الثانية فإن الإضراب بالنسبة لهم كان مباحاً .

لكن بعد صدور قانون ١٩٤٨ بالتوفيق والتحكيم فى منازعات العمل أصبح اللجوء إلى الإضراب محظوراً قبل عرض النزاع أمام لجنة التوفيق ، وقبل السير فى إجراءات تسويته أمام هيئة التحكيم (المادة ١٩) . ويعاقب المضربون فى الأوقات المحظور فيها الإضراب أو فى غير هذه الأوقات دون إخطار سابق بعقوبة الغرامة التى لا تزيد على مائة جنيه مع تشديد هذه العقوبة . بحيث تصبح كحد أدنى عشرين جنيهاً وحد أقصى مائتي جنيه ، إذا كان الإضراب وارداً على عمل من عمليات المرافق العامة كالمياه والإنارة والمجاري والمخابز والسلخانات وبيع الخضر واللحوم بالجملة وصنع المواد الغذائية ومصانع الثلج ومحال التبريد ، ووسائل النقل المشترك للركاب والبضائع (المادة ٢١) .

٥- وفى سنة ١٩٥١ صدر القانون ١٩٥١/٢٤ بتعديل نصوص الإضراب فى قانون العقوبات ١٢٤ و١٢٤ (أ) ، ١٢٤ (ب) ، ١٢٤ (جـ) و٣٧٤ و٣٧٥ ويتضمن هذا التعديل تشديد العقوبات وتحريم نشر أخبار الإضراب ولو كانت صحيحة ، فهو يحرم إضراب الموظفين والمستخدمين العموميين سواء كان الإمتناع عن العمل كلياً أو جزئياً وسواء كان الإمتناع الجزئي الضمني هو مايطلق عليه الإضراب بالقطارة [٣٨] .

وهو يجرم إضراب المستخدمين والأجراء الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة فى المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة .

وهو يحرم التحريض على الإضراب ، وكذلك تحبيذه بمعنى إبداء أحد الأشخاص إستحسانه وإعجابه بإحدى جرائم الإضراب أو القول بضرورتها أو عدالتها [٣٩] ، كما يعد هذا التحبيذ مجرماً حتى ولو كان بإذاعة أخبار صحيحة أو كاذبة عن جرائم الإضراب .

وهو يحرم الإعتداء على حرية العمل مثل إعتداء العمال المضربين على أحد زملائهم لإرغامه على الاشتراك معهم فى الإضراب ، وكذلك يحرم الإعتداء على حرية التشغيل مثل إرغام صاحب العمل على فتح أو إغلاق محله ، وكذلك إحتلال المضربين لأماكن العمل حيث يعد فعلاً مجرماً من ثلاث جهات : طبقاً للمادتين ١٢٤ و ٣٧٤ عقوبات ، وإعتداء على حرية العمل وحرية التشغيل وإنتهاكاً لحرمة ملك الغير [٤٠].

(٦) وفى ظل المرسوم بقانون ١٩٥٢/٣١٨ :

والقرار بقانون العمل الموحد ١٩٥٩/٩١ :

فى ظل القانون ١٩٥١/٢٤ لم يعد الإضراب مشروعاً سوى فى حالات نادرة ، كان ينظمها القانون ١٩٤٨/١٠ الذى كان يحظر على العمال الإضراب قبل تقديم طلب التوفيق أمام لجنة التوفيق ، أو أثناء السير فى إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم .

---

(٣٨) راجع البند ٤٧ ص ١٢ .
- الأستاذ على العريف ، المرجع السابق ص ٣١٣ ومابعدها .
(٣٩) الأستاذ على العريف ، المرجع السابق ص ٣٢١ .
(٤٠) الأستاذ على العريف ، المرجع السابق ص ٣٢٧ .

أما المرسوم بقانون ١٩٥٢/٣١٨ فقد حرم الإضراب منذ تقديم طلب التوفيق (المادة ٢١) واعتبر الإضراب في حالة المخالفة جنحة عقوبتها الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز سنة (المادة ٢٢) وقالت المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد أنه طالما لجأ أطراف المنازعة الجماعية إلى وسائل التوفيق والتحكيم فإنه لا يجوز إتخاذ الإضراب وسيلة لتحقيق المطالب ، وكذلك بعد صدور قرار التحكيم وهو بمثابة حكم واجب الإحترام .

وعندما صدر القرار الجمهوري بقانون العمل الموحد ١٩٥٩/٩١ تضمن ذات المبدأ فنص على حظر إضراب العمال ، الإمتناع عن العمل كلياً أو جزئياً ، إذا ما قدم طلب التوفيق أمام لجنة التوفيق أو أثناء السير في إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم (المادة ٢٠٩) ، وإذا نسب إلى العامل إرتكاب جناية أو جنحة إضراب غير مشروع أو التحريض عليه أو إرتكاب أية جنحة داخل دائرة العمل ، جاز لصاحب العمل وقفه من تاريخ ابلاغه الحادث إلى السلطة المختصة لحين صدور قرار منها في شأنه (المادة ١/٦٧) .

(٧) في ظل القرار الجمهوري بالقانون ١٩٧٧/٢ :

بعد الإنتفاضة الوطنية يومي ١٨ و١٩ يناير ١٩٧٧ صدر القرار الجمهوري بالقانون ١٩٧٧/٢ بشأن الحفاظ على سلامة الوطن وحماية أمن المواطنين ، وقد تضمن هذا القانون حظر الإضراب بصفة عامة ، إذا كان من شأنه تهديد الإقتصاد القومي وجعل عقوبة الإضراب الأشغال الشاقة المؤبدة (المادة ٧) [٤١] .

ويلاحظ أن هذا القانون كاد يقضي على البقية الباقية من حالات الإضراب المشروع بالنسبة للعاملين بالقطاع الخاص ، الذين لا يقومون بخدمة عامة أو بعمل يعد حاجة عامة ، ذلك أن عبارة « تهديد الإقتصاد القومي » مطاطية ، بحيث يمكن تفسير أي حالة إضراب على أنها تهدد الإقتصاد القومي وبالرغم من ذلك كان لعمال القطاع الخاص - الذين لم يشملهم الحظر المنصوص عليه بقانون العقوبات - حق الإضراب ، مع وجوب تفسير عبارة الإضرار بالإقتصاد القومي تفسيراً ضيقاً ، تطبيقاً لمبدأ الشرعية في تفسير النصوص الجنائية [٤٢] .

(٨) قانون العمل الجديد ١٩٨١/١٣٧ :

صدر قانون العمل الجديد ١٩٨١/١٣٧ خالياً من أي نص على حق الإضراب المشروع لا قبل تقديم طلب التوفيق أمام لجنة التوفيق ولا أثناء السير في إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم .

وقالت المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد :

« وبالنسبة للتوقف والإضراب عن العمل ، فقد رؤي حذف النص الخاص بجواز الإضراب إذا كان النزاع معروضاً على التحكيم أو المفاوضة الجماعية تمشياً مع القانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ بشأن أمن الوطن والمواطن إذ رؤي عدم النص على هذا الحق إكتفاءً بتركه لحكم القواعد العامة لأن الإقتراح بمشروع القانون بصورته الراهنة قد إستحدث من المبادىء ما يضمن حقوق العمال دون اللجوء إلى سلاح الإضراب » [٤٣] .

---

(٤١) الجريدة الرسمية العدد ٥ « تابع » في ١٩٧٧/٢/٣ .
- النشرة التشريعية العدد الثاني (فبراير سنة ١٩٧٧) ص ٤٢٩ و٤٣٢
- ملحق المحاماة ، تشريعات عام ١٩٧٧ -١ و٢ -٥٨ - ٧ .

(٤٢) الدكتور السيد عيد نايل ، المرجع السابق ص ٨٤ .

(٤٣) الجريدة الرسمية العدد ٣٣ (تابع) في ١٩٨١/٨/٢٣ .
- النشرة التشريعية العدد الثامن (أغسطس سنة ١٩٨١) ص ٤٠١٧ و٤١٠٠ .
- ملحق قانون المحاماة ، قانون العمل ٥ و٦ - ٦٧ - ١١٠ .
- دلت إحصائيات مصلحة العمل في مصر سنة ١٩٥٠ على أن إجمالي عدد الإضرابات بلغت ٣٩ إضراباً ، تتصنف على النحو الآتي : توزيع مهني : ٣٢ إضراباً لمطالب مهنية ، ٧ حوادث إضراب تضامن - وتوزيع جغرافي : ٥ إضرابات بالأسكندرية و٣٤ إضراباً بشبرا الخيمة ، كذلك دلت احصائيات مصلحة العمل في مصر سنة ١٩٥٢ على أن إجمالي الاضرابات بلغ ٣٠ إضراباً تتصنف على النحو الآتي :

توزيع مهني : ١٠ إضرابات في صناعة النسيج وحدها ، و٢٠ إضراباً في صناعات إستخراج المعادن ، والملاحات والصناعات المعدنية ، وصناعة النقل البري والبحري ، وصناعات مختلفة ... وقد إستنفذ الإضراب عدد ١٧٥/٢٣٢ ساعة عمل ولا تخرج الأسباب عن الأسباب السالفة .

(١٧) ٢- مرحلة الإباحة وضرورة التدخل التشريعي :

بدأت هذه المرحلة بنفاذ « الإتفاقية الدولية للحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية فى مصر » ، وقد مر نفاذ هذه الإتفاقية بالتطورات الآتية :

ففي ١٩٦٦/١٢/١٦ أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإتفاقية .

وفى ١٩٦٧/٨/٤ وقعت مصر على الإتفاقية ، ولكنها لم تصدق عليها .

وفى ١٩٨١/١٠/١ صدر القرار الجمهوري ١٩٨١/٥٣٧ بالموافقة على الإتفاقية .

وفى ١٩٨١/١٢/٨ تم تصديق رئيس الجمهورية على الإتفاقية .

وفى ١٩٨٢/٤/٨ نشرت الإتفاقية بالجريدة الرسمية [٤٤] .

وفى ١٩٨٢/٤/١٤ *أصبحت الإتفاقية نافذة المفعول فى مصر* [٤٥] .

وأصبح لها قوة القانون العادي طبقاً للدستور المصري الذي ينص على أن « رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة » (المادة ١/١٥١) [٤٦] .

وتنص المادة الخامسة من الإتفاقية على الآتي :

« ليس فى الإتفاقية الحالية ما يمكن تفسيره ، بأنه يجيز لأية دولة أو جماعة أو شخص أي حق فى الإشتراك بأي نشاط أو القيام بأي عمل يستهدف القضاء على أي من الحقوق أو الحريات المقررة فى هذه الإتفاقية أو تقييدها لدرجة أكبر مما هو منصوص عليه فى الإتفاقية الحالية » .

وتنص المادة الثامنة من الإتفاقية على الآتي :

« تتعهد الدول الأطراف فى الإتفاقية الحالية بأن تكفل . . .

(د) الحق فى الإضراب على أن يمارس طبقاً لقوانين القطر المختص » [٤٧] .

ويبين من هذه المواد أن الإضراب أصبح مباحاً فى مصر إبتداءً من تاريخ نفاذ الإتفاقية فى ١٩٨٢/٤/١٤ ، وبالتالي لم يعد يشكل جريمة جنائية وذلك بعد إلغاء القرار الجمهوري بالقانون ١٩٧٧/٢ » [٤٨] بموجب القرار الجمهوري بالقانون ١٩٨٣/١٩٤ [٤٩] .

وتأتي هذه الإباحة تطبيقاً للمادة ٦٠ من قانون العقوبات المصري الوارد فى أسباب الإباحة وموانع العقاب ، والتى تنص على أنه : « لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة ، عملاً *بحق مقرر بمقتضى الشريعة* » .

فهذه المادة تنص صراحة على تأكيد مبدأ أن إستعمال الحق سبب عام للإباحة فى جميع الجرائم الواردة فى قانون العقوبات [٥٠] ، وتطبيقاً لذلك ، فطالما أن الإضراب أصبح حقاً ، فإن إستعمال هذا الحق يعد سبباً لإباحة ما اعتبره قانون العقوبات جريمة ، مع مراعاة الشروط الآتية :

---

(٤٤) الجريدة الرسمية العدد ١٤ فى ١٩٨٢/٤/٨ .
- النشرة التشريعية العدد الرابع (ابريل سنة ١٩٨٢ ص ١٧٤٥) .
(٤٥) قرار وزارة الخارجية فى ١٩٨٢/٤/٨ .
- الجريدة الرسمية العدد ١٤ فى ١٩٨٢/٤/٨ .
(٤٦) الدكتور السيد عيد نايل المرجع السابق ص ٨٦ .
(٤٧) النشرة التشريعية العدد الرابع (ابريل سنة ١٩٨٢) ص ١٧٤٨ و١٧٤٩ .
(٤٨) راجع البند السابق ص ٢٠١ .
(٤٩) الجريدة الرسمية العدد ٣٨ (مكرراً) فى ١٩٨٣/٩/٢٥ .
- النشرة التشريعية العدد التاسع (سبتمبر ١٩٨٣) ص ٢٦٤٧ .
(٥٠) الدكتور السعيد مصطفى السعيد « الأحكام العامة فى قانون العقوبات » ط ٤ س ١٩٦٢ ص ١٦٨ .
- أستاذنا الدكتور رمسيس بهنام « النظرية العامة للقانون الجنائى » ط ١٩٧١ بند ٤٦ ص ٣٤١ .

١ - أنه يجب مراعاة حدود الحق ، فتكون ممارسته عن طريق صاحبه أو من ينوب عنه وتطبيقاً لذلك يجب أن يمارس الإضراب عن طريق العمال أنفسهم أو عن طريق نقابتهم العمالية .

٢ - أنه يجب أن تكون الأفعال التى يأتيها الشخص لازمة لممارسة الحق وفى الحدود التى يسمح بها القانون وإلا كانت غير مشروعة وتطبيقاً لذلك يجب أن تكون الأفعال التى تقع من المضرب داخله فى مفهوم الإضراب فإحتلال أماكن العمل ، والبطء فى الإنتاج الذي يسمى الإضراب بالقطارة يعد من الأفعال غير المشروعة [٥١] .

٣ - أن يكون من استعمل الحق حسن النية ، فيستهدف تحقيق المصلحة الإجتماعية التى شرع الحق من أجلها وتطبيقاً لذلك يجب أن يكون الهدف من الإضراب تحقيق مطالب مهنية رفض صاحب العمل تحقيقها ، أما إذا كان يستهدف تحقيق مطالب سياسية فلا يعد سبباً للإباحة [٥٢].

وقد طبقت محكمة أمن الدولة العليا طوارىء بالقاهرة هذه المباديء فى حكم حديث شهير خاص بإضراب العاملين بالهيئة القومية للسكك الحديدية سنة ١٩٨٧ .

وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم فى قيام ٣٧ عاملاً من العاملين بالهيئة القومية للسكك الحديدية بالإضراب عن العمل يومى ٧ و١٩٨٦/٧/٨ بهدف الضغط على الحكومة للإستجابة لمطالبهم المهنية التى تتمثل فى تقرير كادر خاص لها ، وزيادة الحوافز والتأمين الصحي والتأمين على الحياة .

وقد اتهمت النيابة العامة العمال المضربين بتعطيل سير قطارات السكك الحديدية والإضرار بالأموال العامة عمداً ، والإمتناع عن تأدية واجبات وظائفهم متفقين فى ذلك ، ومبتغين تحقيق غرض مشترك ، وطالبت بتطبيق المادة ١٢٤ من قانون العقوبات عليهم . وقد قضت المحكمة ببراءة جميع المتهمين مما أسند إليهم على أساس إنتفاء الركن الشرعي للجريمة . وقالت المحكمة فى حيثيات الحكم الآتي :

« وحيث أنه تطبيقاً لنص المادة ١٥١ من الدستور سالفة الذكر ، ولما إستقر عليه الفقه والقضاء فى المعاهدات الدولية التى صدرت وفقاً للأصول الدستورية المقررة ، ونشرت فى الجريدة الرسمية حسب الأوضاع المقررة ، تعد قانوناً من قوانين الدولة ، يتعين على القضاء الوطني تطبيقها بإعتبارها كذلك .

وحيث أنه متى كان ذلك ، فإن الإتفاقية المذكورة وقد نشرت فى الجريدة الرسمية فى الثامن من أبريل ١٩٨٢ - بعد أن وافق عليها مجلس الشعب - تعتبر قانوناً من قوانين الدولة ، ومادامت لاحقة لقانون العقوبات فإنه يتعين إعتبار المادة ١٢٤ قد ألغيت ضمناً بالمادة ٨ فقرة (د) من الإتفاقية المشار إليها عملاً بالمادة الثانية من القانون المدنى . . . مما تكون معه تهمة الإمتناع عن العمل قد بنيت على غير أساس من القانون .

والمحكمة فى هذا الصدد تهيب بالمشرع أن يسارع إلى وضع الضوابط اللازمة لهذا الحق على نحو يحقق مصلحة البلاد العليا ، ومصالح العمال فى نفس الوقت وحتى لا تعم الفوضى وتتعطل المصالح العليا للمجتمع ولضمان عدم توقف سير المرافق الأساسية أو المساس بوسائل الإنتاج أو إيذاء غير المضربين .

---

(٥١) الدكتور محمود نجيب حسنى « شرح قانون العقوبات » القسم العام ط ٥ س ١٩٨٢ ص ١٦٥ .

(٥٢) الدكتور أحمد فتحى سرور « الوسيط فى قانون العقوبات » جـ١ القسم العام ط س ١٩٨١ ص ٣٢٤ .

وحيث أنه بالنسبة لتهمتي تعطيل سير القطارات والإضرار العمدي بأموال ومصالح الهيئة القومية لسكك حديد مصر ، فإنه من المقرر فقهاً وقضاءً بأنه متى قرر الشارع حق إقتضى ذلك حتماً إباحة الوسيلة إلى إستعماله ، أي إباحة الأفعال التى تستهدف الإستعمال المشروع للحق ، وكذلك النتائج المترتبة على هذا الإستعمال ، سواء للحصول على مايتضمنه من مزايا ، أو لمباشرة ما يخوله من سلطات ، وأساس إعتبار إستعمال الحق سبب للإباحة ، وجوب تحقيق الإتساق بين قواعد القانون إذ يعدم المنطق أن يقرر الشارع حقاً ثم يعاقب على الأفعال التى يستعمل بها . فيكون معنى ذلك التناقض بين قواعد القانون وتجريد الحق من كل قيمة ... فإذا ما أباح المشرع فعلاً من الأفعال ، فمن غير المقبول أن يحاسب بعد ذلك على ما قد يحدث نتيجة لهذا الفعل .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكان حق الإضراب مباحاً بمقتضى الإتفاقية الدولية السابق الإشارة إليها ، وكان الثابت من الأوراق والتحقيقات أن أياً من المتهمين لم يقم بإتلاف أو تخريب القطارات أو المعدات مما يقطع بحسن نيتهم فإن ما حدث نتيجة لذلك الإضراب لا يمكن أن يقع تحت طائلة قانون العقوبات عملاً بالمادة ٦٠ سالفة الذكر » (٥٣) .

المبحث الثالث
أثر الإضراب على العلاقات العمالية

(١٨) تمهيـــد :

تكلمنا فى المبحث الأول عن ماهية الإضراب ، وذلك من خلال بندين كبيرين ، البند أولاً فى - تعريف الإضراب ، والبند ثانياً فى عناصر الإضراب ، وذلك على النحو السالف .

وتكلمنا فى المبحث الثاني عن مدى مشروعية الإضراب ، وذلك من خلال ثلاث بنود :

البند اولا : فى مشروعية الإضراب فى القانون المقارن .

البند ثانيا : مشروعية الإضراب فى التشريعات العربية .

البند ثالثا : فى مدى مشروعية الإضراب فى القانون المصري ، وذلك على التفصيل السالف .

ونتكلم فى المبحث الثالث عن أثر الإضراب على العلاقات العمالية ، وذلك من خلال بندين كبيرين ، البند أولاً فى أثر الإضراب فى علاقة صاحب العمل بالمضربين » ... والبند ثانياً فى أثر الإضراب فى علاقة صاحب العمل بغير المضربين وذلك على التفصيل الآتي :

أولا : أثر الإضراب فى علاقة صاحب العمل بالمضربين :

(١٩) -١- أثر الإضراب بين إنهاء ووقف عقد العمل :

فى القانون الفرنسي أصبح الإضراب مشروعاً فى فرنسا بعد إلغاء جنحة التكتل ، التى كان منصوصاً عليها فى المادتين ٤١٤ و٤١٥ عقوبات فرنسي ، وذلك بموجب قانون ٢٥ مايو ١٨٦٤ لكن ظلت مسألة أثر الإضراب على عقد العمل محل إجتهاد فى الفقه والقضاء بين ثلاثة مراحل على التفصيل الآتي :

١ - المرحلة الأولى : بين إلغاء جنحة التكتل ونشوب الحرب العالمية الثانية :

فى هذه المرحلة لم يكن يوجد نص يقرر مشروعية الإضراب ، أو يحدد أثره على عقد العمل ، بالرغم من أنه أصبح مشروعاً بإلغاء جنحة التكتل ، لذلك إختلف موقف القضاء العادى ، عن موقف الفقه الفرنسي ، عن موقف المحكمة العليا للتحكيم .

---

(٥٣) حكم محكمة أمن الدولة العليا طوارىء بالقاهرة . جلسة ١٩٨٧/٤/١٦ فى القضية ٤١٩٠/١٩٨٦ الأزبكية (٢١ كلى شمال القاهرة) الخاصة بإضراب العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر - غير منشور .

وموقف القضاء العادي يتلخص فى أن الإضراب ينهي عقد عمل العامل المضرب [١] تأسيساً على أن العمال يعبرون بالإضراب عن عدم موافقتهم على شروط العمل القائمة ورغبتهم في إبرام عقود عمل بشروط جديدة ، أو إن إعلان الإضراب ، يعتبر إخطاراً من العامل يوجهه إلى صاحب العمل بإنهاء العقد القائم بينهما ، أو أن الإضراب يعد خطأ من العامل يؤدي إلى الإنهاء الفوري لعقد عمله .

ووفقاً لنظرية القضاء كان يمكن لصاحب العمل - بالإضافة إلى إنهاء العقد - مطالبة العامل المضرب بالتعويض عن الإنهاء التعسفي لعقد العمل أو إعادة إستخدام العمال المضربين جميعهم أو بعضهم أو إستخدام غيرهم ، فإذا إستخدم نفس العمال فيكون ذلك على أساس عقد عمل جديد قد يتفق أو يختلف مع عقد العمل القديم المنهي حسب نجاح أو فشل الإضراب [٢] .

وموقف الفقه الفرنسي يتلخص فى أن الإضراب يوقف عقد العامل المضرب(Suspend Du Contrat ويؤيد الفقه موقفه بتوجيه عدة إنتقادات لموقف القضاء العادي هى : أن موقف القضاء العادي يتعارض مع الصفة القصدية لإنهاء عقد العمل على أساس أن الإنهاء يقتضي إتجاه إرادة العامل إليه ، وأن يعبر عن هذه الإرادة بطريقة واضحة وذلك على عكس حالة الإضراب التى تتجه فيها إرادة العامل المضرب إلى تحسين ظروف العمل ، مع التمسك بمركزه التعاقدى ومن ثم فإن هذه الإرادة لا تتجه إلى الإنهاء [٣] .

وأن موقف القضاء العادي يتعارض مع تطور قانون العمل ، الذى يتجه منذ زمن بعيد إلى الإعتراف بحقوق جماعية للعمال ، ومن أهم هذه الحقوق حق الإضراب ، وهذا الحق هو سلاح فى أيدي الطبقة العاملة تستخدمه للضغط على أصحاب الأعمال بهدف تحسين ظروف العمل ، ولا يعقل أن يصبح إستخدام ذلك السلاح ضد مصلحة العامل ، بالرغم من إستخدامه بطريقة مشروعة [٤] .

إن موقف القضاء العادي تترتب عليه نتائج متعددة فى غير صالح العمال ، مثل فقد العامل وظيفته ، وإلتزامه بتعويض صاحب العمل ، وتهديده بالطرد من مسكنه إذا كان إيجاره مرتبطاً بعقد العمل [٥] وفقد أقدميته فى حالة موافقة صاحب العمل على عودته إلى عمله [٦] .

ونتيجة لهذه الإنتقادات خففت المحاكم قليلاً من موقفها فى السنوات السابقة على نشوب الحرب العالمية الثانية ، حيث إعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن توقف العمال عن العمل بقصد إجبار صاحب العمل على تنفيذ إلتزاماته لا يشكل إضراباً بل يعد تمسكاً بالدفع بعدم التنفيذ[٧] وحيث ميزت بين حالة التوقف الإرادي عن العمل ، وحالة التوقف نتيجة للتهديد بالعنف من قبل عمال آخرين وإعتبرتها لا تشكل إضراباً ينهي عقد العمل [٨] وحيث كانت النية المشتركة لصاحب العمل والعمال المضربين تفسر على أنها إتجهت . عند إبرامهم لعقود العمل - إلى إستبعاد الأثر المنهي للإضراب [٩] وحيث كان

---

(1) Finit du contrat :
- Reyu, 18 mars 1902, D. P. 1902-1-323 .
- Cass. Civ. 13 nov. 1906, D. P. 1907-1-372 .
- Cass. Civ. 1er mai, 1933, D. P. 1923-1-369 .
- Cass. Civ.17 nov.1937, Gaz.Pal.1938-1-258
- Cass.Civ.28Juillet 1938,Gaz.Pal.1938-2-552
- Cass. Civ. 3 août, 1938, H. D. 1938-513 .

(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكى « عقد العمل فى القانون المصرى » المرجع السابق بند ٢٧٤ ص ٩٧٥ .

(3) Brun et Galland, op. cit, P. 465 .
- Sinay et Javillier, op. cit. P. 293 .

(4) Durand et Vitu, op. cit P. 828 .

(5) Trib. civ. Seine, 13 dec, 1938, Gaz.Pal 1939-1-136

(6) Sinay et Javillier, op. cit. P. 294 .

(7) Durand et Vitu, op. cit. P. 829 .

(8) Cass. Civ. 9 mars 1938. H. D. 1939-306 .
- Cass. Soc. 17 nov. 1938. D. H. 1939-23 .
- Cass.Soc.16 mars 1938, Gaz.Pa, 1939-2-23

(9) Trib. Civ. Seine,11 Janv. 1937, D.P.1938-2-113 .
- Trib. Paix saint Nazaire, 18 Janv. 1937, Gaz.Pal 1937-1-582 .

يستخلص تنازل صاحب العمل عن الإنهاء من بعض تصرفاته أثناء أو بعد الإضراب ، مثل منحه شهادة بطالة للعامل المضرب أثناء الإضراب [10] .

وموقف المحكمة العليا للتحكيم يتلخص فى أن الإضراب لا يعبر عن إرادة العمال الصريحة أو الضمنية فى ترك العمل بصفة نهائية وإنما يظل موقوفاً طوال مدة الإضراب وقالت فى حكم لها : « أنه مع غياب التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمناً ، الذى يدل على ترك العمال للعمل نهائياً ، فإن الإضراب لا يؤدي إلى إنهاء عقود العمل » [11] ، ومع ذلك قررت المحكمة لصاحب العمل سلطة التأديب على العامل عن خطئه أثناء ممارسة الإضراب ، وفصله فى حالة الخطأ الجسيم ، مع مراقبة المحكمة للمواءمة بين خطأ العامل والجزاء الموقع عليه [12] .

٢ - *المرحلة الثانية : التقنين الدستوري لحق الإضراب*

بعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية ، صدر الدستور الفرنسي فى ٢٧ أكتوبر ١٩٤٦ ، وتضمنت الفقرة السابقة من مقدمته النص على تقنين حق الإضراب على النحو الآتي : « حق الإضراب يمارس فى طار القوانين التى تنظمه » .

وقد ثار الجدل فى ظل هذا النص عن أثر الإضراب فى عقد العمل . فأخذ الفقه الفرنسي بنظريتين وأخذ القضاء الفرنسي بموقف وسط .

ذهبت النظرية الأولى إلى أن الإضراب ينهي عقد العمل ، وأن التقنين الدستوري لحق الإضراب لم يغير من الأمر شيئاً . وبالتالى يظل ما استقر عليه القضاء - قبل صدور الدستور هو الأولى بالإتباع ، تأسيساً على ثلاث حجج : الأولى هى أنه يجب التأكيد على الصفة الفردية للإضراب ومن ثم فإن حق العامل فى الإضراب ليس سوى حقه فى إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة ، ولا يهم إذا كان الإضراب فردياً أو جماعياً [13] . والثانية هى أن دستور سنة ١٩٤٦ لم يأت بأى جديد ولكنه أكد مشروعية الإضراب على أن يمارس وفقاً للقوانين التى تنظمه ، وهذه المشروعية تقررت قبل صدوره منذ إلغاء جنحة التكتل بموجب قانون ٢٥ مايو ١٨٦٤ . والثالثة هى أنه يجب إنكار كل قيمة قانونية لنص مقدمة الدستور حول الإضراب ، لأنه وفقاً لهذا النص يمارس الإضراب وفقاً للقوانين التى تنظمه وهذه القوانين لم تصدر بعد [14] .

وذهبت النظرية الثانية إلى أن الإضراب يوقف عقد العمل بصفة مطلقة . وقد جاء هذا الإطلاق كأثر للتقنين الدستورى لحق الإضراب دون تقييده بأى قيد . ومن ثم لا فرق بين الإضراب المهني والسياسي . أما إذا أرتكبت أثناء الإضراب أعمال عنف ضد الأشخاص أو الأموال ، فإن هذه الأفعال تشكل خطأً ضد مرتكبيها ويسألون عنه ، دون أن تؤثر على مشروعية حق الإضراب [15] . وبمعنى آخر فإن علاقة العمل تظل قائمة أثناء الإضراب ، حتى لو خولفت الإلتزامات التعاقدية أو القانونية ، ولا يشكل الإضراب خطأً تأديبياً أو مدنياً ، ومن ثم إذاً رفض صاحب العمل إستئناف العامل لمهام عمله بعد إنتهاء الإضراب فإن هذا الرفض يعد فصلاً تعسفياً للعامل [16] .

وأخذ القضاء الفرنسي بموقف وسط بين النظريتين السابقتين . فذهب إلى أن الإضراب يوقف عقد العمل [17] ، إلا فى حالات إرتكاب خطأ جسيم من

(10) Trib. Civ. Versailles. 13 nov. 1936, Gaz.Pal, 1937-1-99 .
- Trib. Civ. Seine, 11 janv. Préc .
(11) Cou-sup d'arb. 19 mars 1939, Dr. soc. 1939, 199.
(12) Sinay et Javillier, op. cit. 259 .
(13) Henrie (m.m) et Leon Nazaud : l'abus des droits et les conflits du travail, ques. part., avr, juin 1948 P. 14 .
(١٤) راجع فى شرح هذه الحجج بالتفصيل :
- Durand et Vitu, op. cit. P. 835 .
(15) Boitel " Le droit de grève et la jurisprudence " de 1948 " de Duv. 1948, P. 368 et s .
(16) Durand et Vitu op. cit. P. 836 .
(17) Trib. Civ. Lyon. 3 dec. 1947, dr . Soc. 1948, P. 304 .
- Trib. Civ. Lill 7 Juillet 1948, de. Duv. 1948, P. 319

العامل ، وحالات التعسف فى إستعمال حق الإضراب [١٨] ذلك أنه بالرغم من أن الدستور لم ينص على قاعدة الوقف صراحة ، إلا أن القضاء إستنبط هذه القاعدة من روح النص . فمادام الدستور قد اعترف بحق الإضراب ، فإنه يجب على القاضي أن يستمد من هذا الإعتراف نتائجه المنطقية فممارسة هذا الحق لا يمكن أن تعد خطئاً إرتكبه العامل بالمخالفة لشروط عقد العمل ، ولا تعد تركاً نهائياً للخدمة لدى صاحب العمل بل الصحيح أن العامل عندما يمارس حقه فى الإضراب يستفيد من ميزة منحها له القانون ، ومن ثم يتمسك بسبب قانونى لوقف عقد عمله ، وعدم صدور التشريعات التنفيذية لا يلغى الحق الذى قننه الدستور [١٩] .

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية ثلاثة أحكام فى هذا الصدد وإن كانت فى تاريخ لاحق لقانون ١١ فبراير ١٩٥٠ الحكمان الأولان عن الدائرة الإجتماعية [٢٠] و[٢١] ، والحكم الثالث عن الدائرة الجنائية [٢٢] ، وبذلك إنتهى التعارض بين موقف القضاء العادى والمحكمة العليا للتحكيم [٢٣] .

٣ - *المرحلة الثالثة بعد صدور قانون العمل الفرنسي ١١ فبراير ١٩٥٠ :*

صدر قانون العمل الفرنسي ١١ فبراير ١٩٥٠ ونص على أن « الإضراب لا ينهي عقد العمل ، إلا فى حالة الخطأ الجسيم المنسوب إلى العامل (المادة ٤) .

وهذا النص صريح فى أن الإضراب يعد سبباً لوقف عقد العمل . وهذا المبدأ يسري على جميع العلاقات التعاقدية ، مثل عقد العمل العادي ، وعقد العمل تحت الإختبار وعقد المقاولة ، ويمتد كذلك إلى الموظفين العموميين بالرغم من أن مراكزهم غير تعاقدية [٢٤] .

ويستثنى من هذا المبدأ حالة إرتكاب العامل المضرب خطأً جسيماً . ففى هذه الحالة ينهي الإضراب عقد العمل ، دون أي تعويض للعامل ، وذلك سواء كان عقد العمل محدد المدة أو غير محدد المدة . ولم يحدد المشرع المقصود بالخطأ الجسيم والرأي الراجح فقهاً وقضاءً أنه يدخل فى سلطة قاضي الموضوع تقدير الوقائع المنسوبة للعامل ، وما إذا كانت تشكل خطأً جسيماً من عدمه ، مع خضوع تقديره لرقابة محكمة النقض الفرنسية [٢٥] . وقضى بإعتبار سلوك العامل خطأً جسيماً فى حالة رفض العامل إتباع إجراءات الأمن داخل المشروع [٢٦] ، وحالة إرتكاب العامل خطأً جنائياً أثناء الإضراب [٢٧] وحالة الإعتداء على حرية الآخرين فى العمل [٢٨] .

ويلاحظ أنه فى حالة الخطأ الجسيم لا ينتهي عقد العمل بقوة القانون ، ولكن يتمسك صاحب العمل بهذا الإنهاء عن طريق استعمال سلطته التأديبية [٢٩] .

---

(18) Trib. Civ. Seine 20 mars 1948, dr. soc. 1948 P. 302 .
- Trib. Civ. Versailles 30 avr, 1948, Gaz.Pal. 1948-2-21.
- Trib. Civ. Poix. Nartigues, 11 Janv. 1950, quest. Prud'n 1950-223 .

(19) Cass. Soc. 28 juin 1951, dr. soc. 1951 .

(20) Cass. Soc. 1er juin 1951, dr. soc. 1951. P. 530 .

(21) Cass. Soc. 28 juin 1951, Prec .

(22) Cass. crim. 28 juin 1951, dr. soc. 1951, P. 474 .

(23) Durand et Vitu, op. cit. P. 840 .

(24) Durand et Vitu, op. cit. P. 842 .

(25) Cass. Soc. 28 dec. 1951, Gaz.Pal. 1952-1-166 .
- Durand et Vitu, op. cit. P. 853 .

(26) Cas. Soc. 14 juin 1958, Bull, IV, no. 549 .

(27) Cass. Soc. 4 oct. 1978, citée, par comerlynck et Lyon caen, op. cit. P. 774 .

(28) Cass. Soc. 6 mai 1971, dr. soc. 1971. P. 544

(29) Patin, droit social, 1951, P. 533 .
- Durand et Vitu, op. cit. P. 851

(٢٠) - ٢- أثر الإضراب بين إنهاء ووقف عقد العمل في القانون المصري :

رأينا عند الكلام عن مدى مشروعية الإضراب في القانون المصري أنه لم يكن يتضمن سوى قواعد تحرم أو تقيد الإضراب [٣٠] ، أما مسألة أثر الإضراب بين إنهاء ووقف عقد العمل فكانت متروكة لإجتهاد الفقه والقضاء ولا سيما بعد صيرورة الإضراب مباحاً بمقتضى الإتفاقية الدولية للحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية السارية المفعول في مصر إعتباراً من ١٩٨٢/٤/٨ .

وموقف الفقه المصري ينقسم إلى رأيين :

ذهب الرأي الأول : إلى ضرورة تطبيق القواعد العامة في القانون المدني ، فيما يتعلق بأثر الإضراب على عقد العمل ، طالما لم يتدخل المشرع بنصوص صريحة تنظم ممارسة حق الإضراب وتحدد أثره على عقود العمل ويقتضي هذا التطبيق التفرقة بين ثلاثة أنواع من الإضراب :

النوع الأول : الإضراب الذي يقصد به تعديل عقد العمل كإنقاص ساعات العمل أو زيادة الأجر ، هذا الإضراب يمثل إنهاء عقود العمل القائمة ، وتوجيه إيجاب لصاحب العمل لإبرام عقود جديدة .

النوع الثاني : الإضراب الذي يقصد به غرض مستقل عن عقد العمل كإرغام صاحب العمل على فصل عمال يريد بقاءهم أو إعادة عمال يريد فصلهم . هذا الإضراب لا يترتب عليه سوى وقف عقد العمل لأن نية المضربين ظاهرة في بقائه وإن إتجهت إرادتهم إلى تعطيل تنفيذه ، بغية الضغط على صاحب العمل في بعض الأحوال ، أو على السلطات العامة في البعض الآخر - على أن الإضراب وإن ظل عديم الأثر على وجود عقد العمل ، يعتبر إخلالاً عمدياً بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه ، يلزم المضربين وفقاً للقواعد العامة بتعويض صاحب العمل عما أحدثه به من ضرر ، ويجيز لصاحب العمل أن يفسخ العقد دون لجوء إلى القضاء (المادة ٦١/٥ عمل) .

النوع الثالث : الإضراب الذى يقصد به إجبار صاحب العمل على تنفيذ إلتزاماته ، أياً كان مصدر هذه الإلتزامات : عقد العمل الفردي ، أو الجماعي ، أو عادات المهنة الملزمة ، أو القانون ، هذا الإضراب يعد بمثابة دفع بعدم التنفيذ (المادة ١٦١ مدنى) [٣١] .

وذهب *الرأي الثاني* : إلى أن الإضراب مادام مشروعاً وغير متعسف فيه يؤدي إلى وقف عقد العمل ولا ينهيه . فالعامل المضرب له مطالب يرغب في الإتفاق عليها ، فإذا نجح الإضراب أجيبت مطالبه ، وإذا فشل الإضراب عاد العامل إلى عمله خاضعاً لإرادة صاحب العمل المنتصر [٣٢] . ووفقاً لأصحاب هذا الرأي لا أساس للتفرقة بين المطالبة بتعديل شروط عقود العمل أو المطالبة بتنفيذ عقود العمل ، مادامت نية العمال المضربين واضحة في تمسكهم بعلاقة العمل ، وإنهم لا يقصدون من الإضراب سوى المساومة للوصول إلى إتفاق مع صاحب العمل [٣٣] ، لتحسين ظروف عملهم ، أو حث صاحب العمل على تنفيذ تعهداته . كما أن التفرقة التى ذهب إليها الرأي الأول لا تقوم على أساس سليم ، لأنها تستند إلى المبادىء

---

(٣٠) راجع البند ١٦ ص ٣١ .

(٣١) الدكتور محمود جمال الدين زكي « قانون العمل » ، المرجع السابق بند ٤١٤ ص ٨١٩ .

(٣٢) الأستاذ علي العريف المرجع السابق ص ٢٨٨ - ٢٨٩ .

(٣٣) عمال كلي شمال القاهرة الكلية ١٩٧٣/١١/١٢ في الدعوى ١٩٧٣/٧٧١ - حسن البسيوني وسمير السلاوى « قضاء العمل » ط ١ س ١٩٨٢ ص ٣٩٩ .

العامة التى وضعت لتتناسب مع العلاقات الفردية دون العلاقات الجماعية والخلاصة أن الإضراب يؤدي إلى وقف عقد العمل مادام الإضراب مشروعاً ولم يصطحب بإجراءات عنف أو إعتصام ، وغير مقترن بخطأ جسيم من العامل . وينطبق هذا المبدأ على جميع العلاقات التعاقدية والتنظيمية مثل عقد العمل الفردي وعقد العمل تحت الإختبار ، وعقود العاملين بقطاع الأعمال العام ، والعاملين بالحكومة حيث تتوقف مراكزهم التنظيمية أثناء الإضراب ولا تنتهي [٣٤] .

وموقف القضاء المصري من خلال الأحكام التى أصدرها وتتعلق بأثر الإضراب على عقد العمل يتلخص فى إعتبار الإضراب سبباً من أسباب وقف عقد العمل ولا يعد إنهاء له من جانب العامل ، مادامت نية العمال المضربين واضحة فى تمسكهم بعلاقة العمل على أساس أنهم لم يقصدوا من التمسك بالإضراب إلا المساومة للوصول إلى إتفاق مع صاحب العمل [٣٥] . ويلتزم صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله بعد إنتهاء فترة الإضراب وإلا أعتبر عدم إعادته إلى عمله فصلاً تعسفياً من صاحب العمل [٣٦] وإذا حفظ الإتهام الموجه إلى العامل بالتحريض أو بالإشتراك فى الإضراب فليس لصاحب العمل أن يفصله لذات الواقعة وليس له تفسيرها بأنها إخلال بإلتزاماته الجوهرية [٣٧]

ومن أهم الأحكام التى صدرت عن القضاء المصري وأكدت مبدأ وقف عقد العمل ، حكم محكمة شمال القاهرة الكلية فى الدعوى ١٩٧٣/٧٧١ الذى قالت فيه :

وحيث أن علاقات العمل نوعان : علاقات فردية وهى التى تقوم بين العمال فرادي ، ورب العمل يحكمها عقد العمل الفردي الشفوى أو الكتابي المبرم بين الطرفين . وعلاقات جماعية وهى التى تقوم بين مجموع العمال وتشكيلاتهم النقابية وبين رب العمل - وتتفرع من هذه العلاقات الأخيرة مشاكل تنقسم بدورها إلى نوعين :

النوع الأول : مشكلات أو مطالب قانونية وهي التى يستند فيها العمال إلى نص فى القانون أو العقد أو العرف ، فكل ما يطلبونه هو تطبيق هذا النص أو شرط العرف عليهم جميعاً متى تم التحقق من وجوده وتوافر شرائطه .

والنوع الثاني : مشاكل أو مطالب إجتماعية أو إقتصادية وهي التي يرمي بها العمال إلى تحسين أحوالهم الإجتماعية أو الإقتصادية دون سند فى القانون أو العقد ، بل تستند إلى العرف وقواعد العدالة .

وللعمال فى سبيل تحقيق مطالبهم الجماعية وخاصة الإجتماعية والإقتصادية وسائل منها مانص عليه كعقد العمل المشترك والإلتجاء إلى لجان التوفيق وهيئات التحكيم ، ومنها مالم ينص عليه كالإضراب وإن تناوله الفقه والقضاء والتشريعات الأخرى .

فالقاعدة العامة أن الإضراب حق مشروع غيرممنوع ، يحق إستعماله كباقي الحقوق الأخرى ، دون الرجوع عليهم بعقوبة أو تأديب أو تعويض ، ويكون ذلك مفهوماً لأن سكوت النص معناه تأييد العرف الذى يقرر هذا الحق . فضلاً عن أن التحريم .. وإستثناءً فلابد من نص عليه .

وفى الإضراب غير المشروع أي المجرّم جنائياً من حق رب العمل - بلا خلاف فى الرأي - أن يفسخ عقود العمل أما الإضراب المشروع أي الذى لا ينطبق عليه الحظر الوارد فى التشريعات فقد ثار خلاف بشأنه .

---

(٣٤) الدكتور السيد عيد نايل ، المرجع السابق ص ١٢٧ .

(٣٥) جزئى الأزبكية ١٩٣٦/٢/٢٠ ، المحاماة ١٧ (١٩٣٧) -٨-٩١٤ .

- إستئناف القاهرة ١٩٣٧/٤/٢٥ ، المحاماة ١٨ (١٩٣٨) -١-٥٥ .

(٣٦) محكمة الجيزة الإبتدائية ١٩٥٦/١/٢٦ فى الدعوى ٥١٨ ، غير منشور .

(٣٧) جنح طنطا ١٩٥٨/١١/٢٤ فى الدعوى ١٩٥٨/٥٥٧ ، غير منشور .

فذهب البعض إلى أنه فاسخ للعقد وذهب أنصار هذا الرأي إلى التفرقة بين موقف العمال إذا أضربوا مطالبين بتنفيذ عقد العمل وبين مطالبتهم بتعديل تلك الشروط ، وإعتبروا الإضراب موقفاً للعقد فى الحالة الأولى ، فاسخاً فى الحالة الثانية . بينما ذهب رأي آخر إلى أن الإضراب موقف للعقد فقط .

وترى المحكمة أنه لا أساس للتفرقة بين الإضراب للمطالبة بتنفيذ عقود العمل ، وبين المطالبة بتعديل شروط تلك العقود ، مادامت نية العمال المضربين واضحة فى تمسكهم بعلاقة العمل ، وأنهم مايقصدون من الإضراب إلا المساومة للوصول إلى إتفاق مع صاحب العمل ، وبالتالي فالإضراب موقف للعقد لا فاسخ له فى صورتيه سواء للمطالبة بتنفيذ العقود أو لتعديل شروطها إذ أن هذا يتفق مع العرف والضرورات العملية كما يتفق مع الرأي الراجح فى فرنسا .

وتنتهي المحكمة مما تقدم إلى أن الإضراب حق مشروع ما لم يخالف نصاً جنائياً ، وأنه موقف للعقد لا فاسخ له ، سواء كانت طلبات العمال بتنفيذ العقود أو تعديل شروطها وأنه مقيد بعدم التعسف فيه ، وألا يصحبه تلف يسبب خسارة جسيمة لرب العمل أو إعتداءً عليه .

وعليه فإن المحكمة ترى أن امتناع المدعية عن العمل فى صورة إضراب ، هو إمتناع مشروع لا يبرر فسخ العقد ، ولا يعد إخلالاً بإلتزام جوهرى إذ أن المطالب المسببة للإضراب هي مطالبة مشروعة ، تستند إلى العدالة فى نطاق مساومات العمل الجماعية ، وأن الهدف من الإضراب هو لفت نظر المسئولين لهذه المطالب لتسويتها وأن مدة الإضراب لم تطل فلم تتجاوز يومين ، وبالتالى فلا محل لإستناد الشركة لنصوص العقد واللائحة الخاصة بالمعاقبة على الإمتناع عن العمل [٣٨] .

(٢١) - ٣- آثار وقف عقد العمل :

يترتب على وقف عقد العمل ثلاثة آثار : الأولى تحرر المتعاقدين من بعض الإلتزامات الناشئة عن العقد أثناء فترة الإضراب ، والثانية تقييد حق أطرافه فى إنهائه ، والثالثة إستئناف تنفيذ عقد العمل بعد إنتهاء فترة الإضراب .

ونعني بإلقاء الضوء على الآثار الأولى :

ويذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن من أهم آثار وقف عقد العمل تحرر المتعاقدين من بعض إلتزاماتهما المتبادلة أثناء فترة الإضراب وتنقسم هذه الإلتزامات إلى نوعين :

النوع الأول : الإلتزامات المستمرة وهى يجب أداؤها طالما وجد عقد العمل فوجود ونفاذ هذه الإلتزامات يرتبط بوجود هذا العقد ، ولا يرتبط بوجود رابطة التبعية .

النوع الثاني : الإلتزامات غير المستمرة وهي غير مرتبطة بوجود عقد العمل ، ويجب أداؤها وفقاً لتواريخ وأوقات محددة ، وترتبط بوجود رابطة التبعية ويترتب على الإضراب وقف عقد إختفاء الإلتزامات غير المستمرة [٣٩] .

وتتعلق الإلتزامات غير المستمرة بأداء العمل والأجر وإبرام عقود العمل البديلة وحوادث العمل ومسئولية صاحب العمل بإعتباره متبوعاً .

ففيما يتعلق بأداء العمل ، يتحرر العامل من أن يظل تحت سلطة وتصرف صاحب العمل أى لا يكون خاضعاً لرقابته وإشرافه ، ويتحرر صاحب العمل من إلتزامه بفتح أبواب المنشأة للعامل المضرب أو تقديم

(٣٨) عمال كلي شمال القاهرة ١٩٧٣/١١/١٢ الدعوى ١٩٧٣/٧٧١ - راجع حسن البسيونى وسمير السلاوى « قضاء العمل » المرجع السابق ص ٣٩٩ .

(39) Beraud, op. cit. P. 46 .

العمل له أو تقديم الأدوات الضرورية لأداء مهمته بل يجب على العامل أن يرد لصاحب العمل ما فى حوزته من أدوات ومهمات تتعلق بالعمل .

وفيما يتعلق بالأجر لا يستحق العامل أي أجر من حيث المبدأ طالما لم ينفذ العمل (٤٠) . فالأجر يعتبر مقابلاً أو عوضاً عن العمل ومن ثم فإن عدم تنفيذ العمل يقتضي إنقضاء المقابل له ، وهو الإلتزام بدفع الأجر (٤١) ، وذلك تطبيقاً لفكرة السبب (٤٢) .

ويجوز لصاحب العمل ألا يتمسك بالإستفادة منها ، إذا وافق على ذلك فى إتفاق مبرم فى نهاية الإضراب أو نص على ذلك فى عقد عمل جماعي (٤٣) .

وفيما يتعلق بإبرام عقود العمل البديلة بالنسبة لصاحب العمل فله رخصة سد النقص المؤقت من العمال فى منشأته فترة الإضراب ، عن طريق إستخدام عمال بدلاء لمن أوقفت عقود عملهم (٤٤) . وبالنسبة للعامل فيمكنه إبرام عقد عمل مؤقت لدى صاحب عمل آخر حتى يمكنه الحصول على حاجاته المعيشية والعائلية فترة الإضراب (٤٥) .

وفيما يتعلق بالحوادث التى تقع للعامل المضرب ، فالرأى السائد هو أن حوادث الإضراب حوادث عمل على أساس أن ممارسة الإضراب تعتبر حقاً للعامل ، ومن الطبيعى أن تكون الإصابة التى تحدث له أثناء ممارسة هذا الحق بطريقة مشروعة إصابة عمل كما أن المشرع نفسه لا يشترط رابطة ضيقة بين تنفيذ العقد والحادث بل مجرد أن يكون الحادث قد وقع أثناء العمل أو بمناسبته (المادة 415 -1) من تقنين التأمينات الإجتماعية الفرنسى والمادة ٥ من قانون التأمين الإجتماعى المصرى (١٩٧٥/٧٩) (٤٦) .

ثم أن التطور التشريعي والإتجاهات الحديثة فى الفقه والقضاء توحى بإعتبار كل إصابة يسببها النشاط المهني بصفة عامة إصابة عمل (٤٧) . فالعامل المضرب عندما يذهب إلى مكان العمل للإستفسار عن مصير الإضراب تكون دوافعه مهنية (٤٨) .

وفيما يتعلق بمسئولية صاحب العمل بإعتباره متبوعاً ، فإن الأخطاء التى يرتكبها العامل فى فترة الإضراب ، لا يكون صاحب العمل مسئولاً عنها بإعتباره متبوعاً ، لأنه فى حالة وقف عقد العمل تختفي رابطة التبعية ، ولا يكون لصاحب العمل توجيه العامل ومراقبته (٤٩) . لكن إذا كان الفعل الخاطىء الذى إرتكبه العامل فى فترة الوقف يرتبط بعلاقة سببية بالوظائف التى كان العامل يقوم بها قبل وقف العقد ، فإن صاحب العمل يكون مسئولاً عن تعويض المضرور بإعتباره متبوعاً فى هذه الحالة (٥٠) .

---

(40) Cass. Soc. 1er Juin 1951, dr, soc. 151, P. 530 .
- الدكتور محمود جمال الدين زكى « عقد العمل » المرجع السابق ص ٤٩٤ .

(41) Cass. Soc, 11 Janv. 1962, D. 1962. P. 629 .

(٤٢) الدكتور يوسف إلياس « الحماية القانونية للأجر فى قانون العمل العراقى والمصرى » رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس ١٩٧٧ ص ١٨٩ .

(43) Cass. Soc. 21 dec. 1977, J. C. P. 1978, somm. P. 58 .
- Nabil Saad, op. cit. P. 146 .

(44) Durand et Vitu, op. cit. t. III. P. 848 .
- Sinay, " La grève" 1 er éd. P. 256 - 257 .
- Yamaguchi, op. cit. P. 130 .

(45) Beraud. op. cit. P. 170 .
- Yamaguchi, op. cit. P. 340 .

(٤٦) الدكتور السيد عيد نايل « الوجيز فى قانون التأمين الإجتماعى » ط ١٩٨٦ ص ١٨٨ ومابعدها .

(47) Sinay, op. cit. P. 293 .

(٤٨) الدكتور أحمد محرز « الخطر فى تأمين إصابات العمل » ط ١٩٧٦ ص ٢١٧ - ٢١٨ .
- الدكتور السيد عيد نايل ، المرجع السابق ص ٢٠٣ .

(49) Brun et Galland, op. cit. P. 471 .
- Beraud. op. cit. P. 175 .
- Nabil Saad, thèse préc. P. 385 .

(٥٠) الدكتور السيد عيد نايل « مدى مشروعية الإضراب » المرجع السابق ص ١٦٣ .

ثانيا : اثر الإضراب فى علاقة صاحب العمل بغير المضربين :

(٢٢) -١- أثر الإضراب فى علاقة صاحب العمل بغير المضربين فى القانون المقارن :

القاعدة المستقرة فى القانون المقارن أن عقد العمل يظل نافذاً فى علاقة صاحب العمل بالعامل غير المضرب ، وبالتالى يلتزم صاحب العمل بتقديم العمل للعامل ثم يلتزم بدفع الأجر .

ويثور التساؤل - فى حالة عدم تمكن صاحب العمل من تقديم العمل للعامل غير المضرب هل يمكنه التمسك ببراءة ذمته من الإلتزام بدفع الأجر ، على أساس أن العامل لم يقم بأداء العمل ؟ .

الحل أن صاحب العمل لا يمكنه التمسك ببراءة ذمته من الإلتزام بدفع الأجر ، إلا إذا أثبت وجود حالة القوة القاهرة ... فيجب أن يشكل الإضراب حالة قوة قاهرة بالنسبة لصاحب العمل ، وأن يتوافر فيه شروط القوة المعروفة فى القانون المدني ، ويظل صاحب العمل مسئولاً عن أجر العامل غير المضرب إذا إختل شرط من شروط القوة القاهرة فى الإضراب [٥١] .

ويتأسس هذا الحل - فى القضاء الفرنسي - على أن العامل غير المضرب قد وضع نفسه تحت تصرف صاحب العمل ، وبالتالى يستحق المقابل .وهذا المقابل ليس أجراً بالمعنى الدقيق - وإنما هو تعويض عن الأجر .

فالمعادلة التقليدية : عمل = أجر .

تحل محلها أثناء الإضراب بالنسبة للعامل غير المضرب معادلة أخرى :

وضع العامل نفسه تحت تصرف صاحب العمل = تعويض عن الأجر [٥٢] .

وقضت محكمة النقض الفرنسية فى دعوى تتلخص وقائعها فى أن أحد أصحاب الأعمال وضع بعض عماله تحت تصرف مشروع آخر ، وفى الوقت نفسه أعلن الإضراب فى هذا المشروع الأخير . طالب العمال بأجورهم من صاحب عملهم كالمعتاد فرفض صاحب العمل دفع هذه الأجور على أساس أن هؤلاء العمال لم يقوموا بالعمل ، حكم قضاة الموضوع لصالح العمال ، وأيدت محكمة النقض هذا الحكم ، ورفضت الطعن على أساس أنهم وضعوا أنفسهم تحت تصرف صاحب العمل أثناء الإضراب [٥٣] .

وقضت محكمة النقض الفرنسية فى حكم آخر بتعويض عامل عن أجره أثناء الإضراب ، لإغلاق صاحب العمل لمصنعه دون أن يثبت إستحالة تقديم العمل للعامل غير المضرب [٥٤] .

وتأخذ قوانين دول المجموعة الأوروبية بذات الحل الذى أخذ به الفقه والقضاء الفرنسي ، ولكن يؤسس على نظرية مخاطر المشروع . فهذه النظرية هى التى تبرر بقاء دين الأجرة بالرغم من عدم وجود المقابل وهو أداء العمل [٥٥] .

أما إذا توافرت شروط القوة القاهرة فى الإضراب ، بأن إستطاع صاحب العمل إثبات أن الإضراب كان غير متوقع ، ومستحيل الدفع ، وخارجاً عن نشاطه ، بحيث جعل تنفيذه لإلتزامه بتقديم العمل للعامل غير المضرب مستحيلاً ، ففي هذه الحالة يعفى من دين الأجر [٥٦].

---

(51) Durand et Vitu. op. cit. P. 878 et s .
- Brun et Galland, op. cit. P. 483 et s.
- Sinay et Javillier, op. cit. P. 339 et s .

(52) Sinay et Javillier, op. cit. P. 339 .

(53) Cass. Soc. 4 Janv. 1978, J. C. P. 1978, son, P. 76

(54) Cass. Soc. 25 Janv. 1978, Bull. V. P. 42 .

(55) Bold, " grève et Lock out dans les pays de la communauté charbon acier ", Luxembourg, 1961, P. 123 et s .

(56) Cass. Soc., 18 mai 1953, dr, soc. 1953. P. 544 .
- Cass. Soc, 28 oct, 1957, Bull. IV. P. 723 .
- Trib. com. Seine 2 Juin 1947, dr. soc. 1948, P. 209 .
- Cass. Soc. 6 oct. 1971, J. C. P. 1973. 11. 17323 .

(٢٣) -٢- أثر الإضراب فى علاقة صاحب العمل بغير المضربين فى القانون العمل المصري :

تنص المادة ٣٦ عمل على أنه :

١- إذا حضر العامل إلى مقر عمله ، فى الوقت المحدد للعمل ، وكان مستعداً لمباشرة العمل وحالت دون ذلك أسباب ترجع إلى صاحب العمل أعتبر كأنه أدى عمله فعلاً ، وإستحق أجره كاملاً

٢- أما إذا حضر وحالت بينه وبين مباشرة عمله أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل ، إستحق نصف أجره .

ويبين من هذه المادة أنه يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول : يكون فيه المنع عن العمل بسبب راجع إلى صاحب العمل ، وبمعنى آخر أن يتسبب صاحب العمل بسلوكه فى منع العامل من القيام بعمله ، رغم حضوره إلى مقر العمل فى الوقت المحدد وإستعداده لمباشرته . فى هذا الفرض يستحق العامل أجره كاملاً وتطبيقاً لذلك إذا كان سبب منع العامل من عمله ، قيام باقي العمال أو معظمهم بإضراب لعدم تنفيذ صاحب العمل لإلتزاماته أو رفضه تحسين ظروف العمل ، فإن العامل يستحق أجره كاملاً (المادة ٦٩٢ مدنى) .

الفرض الثانى : يكون فيه المنع عن العمل بسبب خارج عن صاحب العمل ، وبمعنى آخر أن يكون سبب منع العامل - رغم حضوره إلى مكان العمل - من عمله يرجع إلى وجود حالة قوة قاهرة ، فإن العامل يستحق نصف أجره . وتطبيقاً لذلك إذا إستطاع صاحب العمل أن يثبت توافر شروط القوة القاهرة فى الإضراب ، فإنه لا يعفي نهائياً من دفع أجر العامل غير المضرب ، بل يلتزم بدفع نصف الأجر .

ويلاحظ أن مايتلقاه العامل فى الفرضين سواء كل أو نصف الأجر ، ليس أجراً بالمعنى الدقيق لأن الأجر ، لا يكون إلا مقابل العمل الفعلي ، بل هو تعويض عن الأجر [٥٧] يستهدف به المشرع العمالى نجدة العامل غير المضرب بقدر الإمكان فى أحوال عطل العمل بسبب الإضراب ، بالإبقاء على ما يعادل أجره ، لما لهذا العوض من صفة حيوية بالنسبة لمعيشته وحياته [٥٨] .

ملحق

مشروع قانون تنظيم حق العمال فى الإضراب فى مصر حسب الصياغة المناسبة فى رأي الباحثة

قانون رقم لسنة ١٩٩ بتنظيم حق الإضراب

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

بعد الإطلاع على المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية بإبرام المعاهدات والتصديق عليها ونفاذها.

وبعد الإطلاع على القرار الجمهورى ١٩٨١/٥٣٧ بالتصديق على « الإتفاقية الدولية للحقوق الإقتصادية والإجتماعية » فى مصر .

وبعد الإطلاع على القرار الجمهوري بالقانون رقم ١٩٤ لسنة ١٩٨٣ بإلغاء القرار الجمهوري رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ بشأن الحفاظ على سلامة الوطن وحماية أمن المواطنين .

(٥٧) الدكتور السيد عيد نايل ، المرجع السابق ص ١٩١ .

(٥٨) المستشار عدلى خليل فى التعليق على نصوص قانون العمل ص ١٨٣

وبعد الإطلاع على القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون العمل .

وبعد موافقة مجلس الشعب على القانون الآتى ، فقد أصدرناه :

المادة (١) : يعمل بأحكام قانون تنظيم حق الإضراب المرافق لهذا القانون .

المادة (٢) : تلغى المواد ١٢٤ و ١٢٤ (أ) و ١٢٤ (ب) و١٢٤ (جـ) و٣٧٤ و٣٧٥ من قانون العقوبات . كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق .

ويبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية فى ... سنة ١٤٠٠٠ هـ ، والموافق ... سنة ١٩٠٠٠٠ م .

الفصل الأول
أحكام عامة

المادة (١) : الإضراب هو حق دستوري للعمال ، يعني التوقف عن العمل ، توقفاً جماعياً بصفة مؤقتة ، بإرادة العمال ، وتدبيرهم وبقصد تأييد مطالبهم العمالية فى نزاع معين يتعلق بمصالح مهنية معينة .

المادة (٢) : يباح الإضراب إذا توافرت عناصره الأساسية المادية والمعنوية : التوقف عن العمل ، التوقف الجماعي ، نية الإضراب ، تدبير الإضراب ، المطالب المهنية ، مع مراعاة القيود الواردة بالقانون .

المادة (٣) : لا يخل الإضراب بحقوق العمال ، سواء فى علاقة صاحب العمل بالعمال المضربين أو غير المضربين .

الفصل الثاني
الأحكام الموضوعية

المادة (٤) : يقصد بالتوقف عن العمل إنقطاع العمال عن الذهاب إلى العمل ، وعدم تنفيذ الأعمال العادية الملتزمين بها ، أياً كان مصدر هذا الإلتزام . وينظم القانون شكل الإضراب ، مدة الإضراب ، بدء تنفيذ الإضراب ، تعيين لجنة الإضراب المشرفة على تنفيذه .

المادة (٥) : يقصد بالتوقف الجماعى التوقف الذى تختص النقابات العمالية العامة بتنظيمه وإعلانه ، بشرط موافقة نسبة ٧٥٪ من عدد أعضاء النقابة العمالية العامة .

المادة (٦) : يقصد بنية الإضراب إنصراف قصد العمال إلى التوقف عن أداء الأعمال الملتزمين بها ، إضراراً بصاحب العمل .

المادة (٧) : يقصد بتدبير الإضراب الإتفاق السابق فيما بين العمال على الإضراب قبل إعلانه ، على النحو الذى ينظمه القانون .

المادة (٨) : يقصد بالمطالب المهنية أن يكون الباعث على الإضراب تحقيق مطالب مهنية ، رفض صاحب العمل منحها للعمال .

المادة (٩) : يحظر الإضراب على رجال القوات المسلحة ، والشرطة ، والقضاء ، والموظفين العموميين ، والمستخدمين العموميين ، والعمال الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة فى المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة ، سواء فى الحكومة أو إدارات الحكم المحلى فى المحافظات والمدن والقرى .

الفصل الثالث

الأحكام الإجرائية

المادة (١٠) : يتخذ شكل الإضراب المباح الإضراب العادى الذى يتخذ صورة الإضراب أو التوقف الكامل عن العمل أو الإمتناع عن الذهاب إلى مكان العمل مدة معينة .

المادة (١١) : مدة الإضراب تتولى تحديدها النقابة العمالية العامة ، بعد الإعلان عنه مسبقاً بأسبوعين على الأقل .

المادة (١٢) : بدء تنفيذ الإضراب يكون عن طريق النقابة العمالية العامة ، بعد إستنفاذ طرق التسوية السلمية لمنازعات العمل مع صاحب العمل أو أصحاب الأعمال المعنيين بالنزاع .

المادة (١٣) : تعيين لجنة الإضراب المشرفة على تنفيذه تختص به النقابة العمالية العامة ، وتتكون اللجنة من عضو عن كل قسم من أقسام المشروع ، ولا يقل عدد أعضائها عن خمسة ، وتنتخب من بينها رئيساً يمثلها ويتحدث بإسمها خلال مراحل الإضراب .

وتختص اللجنة بإصدار أوامرها إلى أعضائها ، سواء بإستكمال مدة الإضراب ، أو بإنهائه حسب مساعى التسوية السلمية لمنازعات العمل مع صاحب العمل أو أصحاب الأعمال المعنيين بالنزاع .

المذكرة الإيضاحية

لمشروع قانون تنظيم حق العمال فى الإضراب
فى مصر حسب الصياغة المناسبة
فى رأى الباحثة

تمهيد

نظم المشروع حق العمال فى الإضراب فى مصر فى ثلاثة فصول تكلم فى الفصل الأول عن الأحكام العامة فى ثلاث مواد ، وتكلم فى الفصل الثانى عن الأحكام الموضوعية فى ست مواد ، وتكلم فى الفصل الثالث عن الأحكام الإجرائية .

مشروعية حق الإضراب :

وقد إعترف المشرع بحق العمال فى الإضراب فى مصر ، بل إعتبره من الحقوق الدستورية التى لا يجوز حرمان أي شعب منها ، تحت أية حجة أياً كانت ، لأن المعروف إن الكبت يولد الإنفجار ، ويزيد الشعور بالتضامن بين العمال ، الذى يدفعهم إلى الإتحاد والتكتل من أجل الدفاع عن مصالحهم ، وإنتزاع حقوقهم من أصحاب الأعمال ، ومن هنا كان الإضراب هو السلاح الفعال فى أيدي الطبقة العاملة ، الذى تستخدمه للضغط على أصحاب الأعمال لإجبارهم على تحقيق المطالب المهنية .

ذلك أنه من الأفضل الإعتراف بحق الإضراب وتنظيمه من الناحية التشريعية ، بدلاً من الإصرار على تحريمه ، مع قيام مخاطر الإنفجار التى قد تؤدي إلى تحطيم وسائل الإنتاج بدلاً من زيادة الإنتاج .

ثم أن الحجة التى تستند إليها الأنظمة العسكرية ، الدكتاتورية فى إنكار حق الإضراب ، وهى عدم بلوغ شعوبهم درجة من الوعى والنضج تؤهلها لممارسة حق الإضراب بطريقة مشروعة . هذه الحجة مزيفة هدفها الأساسى تبرير الدكتاتور لنفسه أنه هو الوحيد المؤهل لممارسة كل الحقوق ، وحرمان الشعب من ممارسة حقوقه بدلاً من العمل على الإرتقاء بشعبه .

التطور التاريخي للإضراب فى مصر :

١ - قبل سنة ١٩٢٣ لم يكن الإضراب مجرماً فى مصر ، بل كان يعد إحدى الحريات العامة . ولا غرابة فى ذلك ، لأن إعجاز الحضارة المصرية القديمة لا يقتصر على السر الخفي وراء القواعد

الهندسية الفنية التى عرفها وإستخدمها المصريون القدماء فى رفع وبناء الأهرامات ، بل يمتد هذا الإعجاز إلى أنه كان يوجد وعي إجتماعي لدى العامل المصري فى ذلك الوقت ، تمثل فى أن مصر عرفت أول إضراب فى التاريخ الإنسانى فى عصر رمسيس الثالث .

٢ - وفى سنة ١٩٢٣ صدر القانون ١٩٢٣/٣٧ بإضافة المادتين ١٠٨ و ٣٢٧ مكررين إلى قانون العقوبات الصادر سنة ١٩٠٤ ، وقد حرمت المادة الأولى الإضراب على الموظفين العموميين والمستخدمين العموميين الذين يشتغلون بأية صفة كانت فى خدمة الحكومة أو فى خدمة سلطة من سلطات الأقاليم أو السلطات البلدية والمحلية وعاقبت المضربين بالحبس مدة لا تجاوز ستة شهور أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه ، وحرمت المادة الثانية الإضراب على المستخدمين والأجراء التابعين لمصلحة خاصة حاصلة على إمتياز بإدارة عمل من الأعمال ذات المنفعة العامة ، وعاقبت المضربين بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً .

٣ - وفى سنة ١٩٤٦ صدر المرسوم بقانون ١٩٤٦/١١٦ بتعديل المادتين ١٠٨ ، ٣٢٧ مكرراً عقوبات اللتين أصبحتا بعد ذلك المادتين ١٢٤ و ٣٧٤ عقوبات . كما أضاف المرسوم ثلاث مواد جديدة بأرقام ١٢٤ مكرراً (أ) ، ١٢٤ مكرراً (ب) ، ١٢٤ مكرراً (جـ) . وقد جاء هذا المرسوم أكثر تشدداً من القانون ١٩٢٣/٣٧ .

٤ - وفى سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بقانون ١٩٤٨/١٠٥ ، الذى جاء أكثر تشدداً من المرسوم بقانون ١٩٤٦/١١٦ ، فحرم الإضراب - بالإضافة إلى الموظفين العموميين الذين يعملون فى خدمة الحكومة ، والمستخدمين والعمال الذين يعملون فى المرافق العامة - على الطوائف الأخرى من العاملين بالقطاع الخاص .

٥ - وفى سنة ١٩٥١ صدر القانون ١٩٥١/٢٤ بتشديد العقوبات الواردة فى نصوص الإضراب فى قانون العقوبات ، وهى ١٢٤ ، ١٢٤ مكرراً (أ) و١٢٤ مكرراً (جـ) ، ٣٧٤ و٣٧٥ . وكذلك تحريم نشر أخبار الإضراب ولو كانت صحيحة ، سواء كان الإضراب كلياً أو جزئياً ، صريحاً أو ضمنياً ، وهو ما يطلق عليه الإضراب بالقطارة ، وتحريم التحريض على الإضراب والإعتداء على حرية العمل .

٦ - وفى سنة ١٩٥٢ صدر القانون ١٩٥٢/٣١٨ فى شأن التوفيق والتحكيم ، ومن بعده قانون العمل الموحد ١٩٥٩/٩١ ، اللذان نصا على حظر إضراب العمال ، أو الإمتناع عن العمل كلياً أو جزئياً ، إذا ما قدم طلب التوفيق أمام لجنة التوفيق ، أو أثناء السير فى إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم .

٧ - وفى سنة ١٩٧٧ ، صدر القرار الجمهوري بالقانون ١٩٧٧/٢ بشأن الحفاظ على سلامة الوطن وحماية أمن المواطنين ، وقد تضمن هذا القانون حظر الإضراب بصفة عامة ، إذا كان من شأنه تهديد الإقتصاد القومي ، وجعل عقوبة الإضراب الأشغال الشاقة المؤبدة .

٨ - وفى سنة ١٩٨١ صدر قانون العمل ١٩٨١/١٣٧ ، وجاء خالياً من أي نص على حق الإضراب المشروع ، لا قبل تقديم طلب التوفيق أمام لجنة التوفيق ، ولا أثناء السير فى إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم .

٩ - وفى سنة ١٩٨٢ تم الشكل القانوني لمرحلة إباحة حق العمال فى الإضراب فى مصر ، الذى نصت عليه « الإتفاقية الدولية للحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية » ، تلك المرحلة التى مرت بالتطورات الآتية :

ففى ١٦/١٢/١٩٦٦ أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإتفاقية .

وفى ٤/٨/١٩٦٧ وقعت مصر على الإتفاقية ، ولكنها لم تصدق عليها .

وفى ١/١٠/١٩٨١ صدر القرار الجمهورى ٥٣٧/١٩٨١ بالموافقة على الإتفاقية .

وفى ٨/٤/١٩٨٢ نشرت الإتفاقية بالجريدة الرسمية .

المادة الأولى :

عرف المشروع الإضراب فى المادة الأولى نظراً لإختلاف وكثرة تعريفاته فى القانون المقارن والمصرى . وقد بدأ التعريف بتأكيد الصفة الدستورية لحق العمال فى الإضراب فى مصر ، ثم أورد تعريفاً جامعاً لكافة العناصر الأساسية المادية والمعنوية للإضراب ، بقوله أنه يعنى التوقف عن العمل ، توقفاً جماعياً بصفة مؤقتة ، بإرادة العمال ، وتدبيرهم ، بقصد تأييد مطالبهم العمالية فى نزاع معين يتعلق بمصالح مهنة معينة .

المادة الثانية :

فصل المشروع فى المادة الثانية التعريف الجامع للإضراب السالف إيراده فى المادة الأولى ، فبين عنصريه الأساسيين الماديين وهما التوقف عن العمل ، والتوقف الجماعى . ثم بين عناصره الأساسية المعنوية وهى نية الإضراب وتدبير الإضراب والمطالب المهنية ، مع مراعاة القيود الواردة بالقانون على النحو التالى فى المادة التاسعة .

المادة الثالثة :

نص المشروع فى المادة الثالثة على عدم إخلال الإضراب بحقوق العمال ، سواء فى علاقة صاحب العمل بالعمال المضربين أو غير المضربين ، حيث يستحق العامل غير المضرب تعويضاً يعادل كامل أجره إذا كان منعه عن العمل بسبب راجع إلى صاحب العمل كما يستحق تعويضاً يعادل نصف أجره إذا كان المنع عن العمل بسبب خارج عن صاحب العمل على النحو الذى نظمته المادة ٣٦ من قانون العمل ١٣٧/١٩٨١.

المادة الرابعة :

بين المشروع فى المادة الرابعة المقصود بالعنصر الأساسي الأول وهو التوقف عن العمل ، حيث يعتبر العنصر الجوهرى للإضراب ، ويتمثل أساساً فى إنقطاع العمال عن الذهاب الى العمل ، ومن ثم عدم تنفيذ الأعمال العادية الملتزمين بأدائها ، وذلك أياً كان مصدر هذا الإلتزام ، سواء كان عقداً فردياً أو جماعياً أو نصاً قانونياً أو لائحة داخلية ، أما إذا إمتنع العمال عن أداء عمل غير ملتزمين أصلاً بأدائه مثل العمل ساعات إضافية غير ملزمة ، أو التوقف عن العمل برضاء صاحب العمل الصريح أو الضمنى ، أو التوقف عن العمل فى أوقات جرت العادة فيها على ذلك ، فلا يعتبر الإمتناع أو التوقف فى هذه الحالات الثلاث إضراباً .

وأضافت المادة إلى تدخل القانون بتنظيم شكل الإضراب ، ومدة الإضراب ، وبدء تنفيذ الإضراب ، وتعيين لجنة الإضراب المشرفة على تنفيذه ، وذلك على النحو التالى فى الفصل الثالث الخاص بالأحكام الإجرائية .

المادة الخامسة :

بيّن المشروع فى المادة الخامسة المقصود بالعنصر الأساسى المادى الثانى وهو التوقف الجماعى ، فالإمتناع الجماعى عن العمل هو الذى يشكل الإضراب ذلك أنه إذا إمتنع أحد العمال عن العمل ، فإن هذا الإمتناع الفردى يعد خطأ جسيماً يبرر فصله (المادة ٦١/٥ قانون العمل ١٣٧/١٩٨١) .

ويصبح التوقف عن العمل جماعياً من خلال معيارين : الأول عضوى والثانى عددى . وطبقاً

للمعيار العضوى تختص النقابات العمالية فقط بتنظيم وإعلان الإضراب ، أما الإضراب الذى يتم عن طريق العمال وحدهم فيعد إضراباً فوضوياً غير مشروع ، وطبقاً للمعيار العددى يكفى إمتناع عدد من العمال عن العمل حتى يشكل هذا الإمتناع ، سواء كان هؤلاء العمال فى شكل نقابة عمالية ، أم كانوا مجموعة واقعية ، وقد أخذ المشروع بالمعيارين معاً ، فاعتد بالتوقف الذى تختص النقابات العمالية العامة بتنظيمه وإعلانه ، بشرط موافقة نسبة ٧٥٪ من عدد أعضاء النقابة العمالية العامة .

المادة السادسة :

بيّن المشروع فى المادة السادسة المقصود بالعنصر الأساسي المعنوي الأول وهو نية الإضراب ، أى إنصراف قصد العمال إلى خرق شروط عقد العمل ، عن طريق التوقف عن أداء الأعمال الملتزمين بأدائها ، وذلك إضراراً بصاحب العمل .

ولكن لا يعد العمال فى حالة إضراب فى حالات أخرى ، مثل إمتناع العمال عن عمل غير ملتزمين به ، أو التوقف عن العمل رضاء صاحب العمل الصريح أو الضمنى ، أو إمتناع العمال عن العمل عدة أيام لإعتقادهم أنها أجازة ، أو إمتناع العمال عن العمل لوجود قوة قاهرة ، إذ يعفون من أداء إلتزاماتهم التى أصبحت مستحيلة ، وفى هذه الحالة لا يكون لدى العمال نية الخروج على الشروط التعاقدية .

المادة السابعة :

بيّن المشروع فى المادة السابعة المقصود بالعنصر الأساسى المعنوى الثانى وهو تدبير الإضراب ، أى الإتفاق السابق فيما بين العمال على الإضراب قبل إعلانه ، فلا يكون التوقف عن العمل بطريقة جماعية مجرد تزامن لحالات إمتناع فردية لأسباب متباينة .

ويكون الإضراب مدبر في حالتين :

الحالة الأولى : الإتفاق السابق على الإضراب أى الإتفاق فيما بين العمال على الإضراب قبل إعلانه . ويتم هذا الإتفاق فيما بين العمال بأى طريقة ينظمها القانون أو عقد العمل الجماعى ، سواء عن طريق التصويت فيما بين العمال ، أو عن طريق النقابة العمالية العامة .

والحالة الثانية : تلاقي النوايا أى تلاقى نوايا العمال حول الإضراب ، بمعنى أن يكون كل منهم قد توقف عن العمل بقصد الإضراب لتحقيق ذات الهدف ، أما إذا إختلف سبب التوقف من عامل إلى آخر ، فلا يكون هناك إضراباً ، رغم حصوله بطريقة جماعية .

وقد أخذ المشروع بالطريقة الأولى على النحو السالف فى المادة الخامسة .

المادة الثامنة :

بيّن المشروع فى المادة الثامنة منه المقصود بالعنصر الأساسى المعنوى الثالث ، وهو المطالب المهنية ، أى أن يكون الباعث على الإضراب تحقيق مطالب مهنية ، رفض صاحب العمل منحها للعمال ، أما إذا إمتنع العمال عن العمل بطريقة جماعية ، دون أن تكون لهم مطالب يهدفون إلى تحقيقها ، فلا يكون هناك إضراباً ، مثل ترك جماعة من العمال عملهم بقصد المشاركة فى مهرجان رياضى أو إحتفال عام .

ويشترط لجدية هذا العنصر توافر ثلاثة شروط هى :

١ - ضرورة التحديد السابق للمطالب المهنية ، فقد يقوم صاحب العمل بتحقيقها إذا علم بها ، مما يؤدى إلى تجنب اللجوء إلى الإضراب .

٢ - إشتمال المطالب المهنية على كل ما يتعلق بمصالح العمال ، سواء نشأت هذه المصالح عن عقد

العمل أو لمجرد الرغبة فى تحسين ظروف العمل بصفة عامة .

٣ - تعلق المطالب بالإضراب المهنى : أى بالمطالب المهنية أو الإجتماعية ، دون البواعث الأخرى مثل الإضراب السياسى .

المادة التاسعة :

أورد المشروع فى المادة التاسعة قيداً عاماً من قيود الإضراب ، فنص صراحة على حظر الإضراب على بعض فئات الشعب . وقد جاء هذا الحظر على سبيل الحصر ، وهذه الفئات هى : رجال القوات المسلحة بأفرعها الأربعة الجيش والدفاع الجوى والطيران والبحرية والعاملين المدنيين بها ، رجال الشرطة والخفر العموميين رجال القضاء والنيابة العامة ومجلس الدولة وقضايا الدولة ، والنيابة الإدارية ، الموظفين العموميين والمستخدمين العموميين ، والعمال الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة فى المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة ، سواء فى الحكومة أو إدارات الحكم المحلى فى المحافظات والمدن والقرى .

المادة العاشرة :

حدد المشروع فى المادة العاشرة شكل الإضراب الذى أباحه ، فإختار الإضراب العادى الذى يتخذ صورة الإضراب أو التوقف الكامل عن العمل ، أو الإمتناع عن الذهاب إلى مكان العمل مدة معينة .

وقد أعرض المشروع بذلك عن الصور الأخرى لأشكال الإضراب العادى مثل : الإضراب الدائرى حيث يتوقف العمل فى أحد أقسام المنشأة ، ويستمر العمل فى باقى أقسام المنشأة ، ثم يتوقف العمل فى القسم الأول ، ويستمر فى القسم الثانى وهكذا- والإضراب القصير المتكرر حيث يتوقف العمل فترة قصيرة ، ثم يستأنف فترة أخرى ، ثم يتوقف من جديد وهكذا . والإضراب الجزئى حيث يتوقف بعض عمال المنشأة - فقط عن العمل ، مع إستمرار الباقين فى عملهم - والإضراب المفاجىء حيث يتوقف العمل فى المنشأة فجأة دون إعلان مسبق .

كذلك أعرض المشروع عن الصور المختلفة لأشكال الإضراب غير العادى مثل : إضراب الإنتاج ويسمى الإضراب بالقطارة حيث يبطىء معدل الإنتاج دون توقف العمل .

المادة الحادية عشر :

ترك المشروع فى المادة الحادية عشر للنقابة العمالية العامة تحديد مدة الإضراب ، ولكنه اشترط الإعلان عنه مسبقاً بأسبوعين على الأقل ، وذلك بعد أن أعرض عن الأخذ بصورة الإضراب المفاجىء ، الذى رأينا أنه يتم تنفيذه فجأة دون إعلان مسبق ، والذى تظهر خطورته فى المرافق العامة بصفة خاصة .

المادة الثانية عشر :

عهد المشروع فى المادة الثانية عشر للنقابة العمالية العامة لتحديد بدء تنفيذ الإضراب ، وذلك بعد إستنفاذ طرق التسوية السلمية لمنازعات العمل مع صاحب العمل أو أصحاب الأعمال المعنيين بالنزاع ، أى بعد إنتهاء إجراءات التوفيق أمام لجنة التوفيق ، وإجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم .

المادة الثالثة عشر :

عهد المشروع فى المادة الثالثة عشر للنقابة العمالية العامة - الإختصاص بتعيين لجنة الإضراب المشرفة على تنفيذه ، بحيث تتكون هذه اللجنة من عضو عن كل قسم من أقسام المنشأة ، ولا يقل عدد أعضائها عن خمسة ، وتنتخب من بينها رئيساً يمثلها ويتحدث بإسمها خلال مراحل الإضراب . ولم يشأ المشروع التوسعة فى عدد أعضاء اللجنة لتقليل أوجه الخلاف بينها .

وتختص اللجنة بإصدار أوامرها إلى أعضائها ، سواء بإستكمال مدة الإضراب أو إنهائه قبل مدته حسب مساعى التسوية السلمية لمنازعات العمل مع صاحب العمل أو أصحاب الأعمال المعنيين بالنزاع .

التزام البنك بالمحافظة على سرية الحسابات

للسيد الأستاذ/ لطفى يوسف عبد الحليم
المحامى ببنك القاهرة

مقدمة

بمناسبة قيام البنوك بوظيفتها وأعمالها المتعلقة بالحسابات المصرفية على اختلاف أنواعها سواء كانت ودائع نقدية أو صكوك أو حسابات جارية أو خزائن حديدية فإنها تقف على أدق أسرار عملائها المالية بل والخاصة أحياناً وبذلك تعتبر البنوك أمناء على هذه الأسرار بحكم الضرورة وعليه يقع عليها إلتزام بضرورة كتمان هذه الأسرار وعدم إفشائها .

وهذا الإلتزام الملقى على عاتق البنوك يكون البنك محلاً للمسائلة إذا خالفه والأساس القانونى لإلتزام البنك بالسرية يكمن فى العرف المصرفى وطبيعة التعامل وفى العقود المصرفية التى تعقدها البنوك مع عملائها .

ولما كان لهذا الإلتزام أهميتة من الناحية العملية إذ يعطى نوع من الثقة للبنوك ويشجع عملاء البنوك على التعامل معها فضلاً عن إن إلتزام البنوك بالسرية فى الحسابات والمعاملات يؤدى إلى جذب رؤس الأموال واستثمارها وبالتالى يمكن البنوك من القيام بوظيفتها الاقتصادية والتجارية أياً كان النظام الاقتصادى الذى تنتهجه الدولة .

وتقديراً من المشرع المصرى لأهمية إلتزام البنوك بالمحافظة على سرية الحسابات فقد حذا حذو بعض التشريعات الاجنبية فأصدر القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات بالبنوك .

ونظراً لأن هذا القانون ما زال بكراً فلم تتناوله الأقلام بالشرح والتفصيل ولذلك سوف ينصب بحثنا على هذا القانون بالبحث والتفصيل حيث نتناول فى الباب الأول محل إلتزام البنك بسرية الحسابات والأشخاص الملتزمون بالمحافظة على هذا السر ... وفى الباب الثانى الاستثناءات التى ترد على هذا الإلتزام ... وثم نوضح الأساس القانونى لدعوى المسئولية الناشئة عن إخلال البنك أو أحد موظفيه بسرية حسابات العملاء ونرد فى بيان المسؤلية ذلك المدنية والجنائية المترتبة على الإخلال بالمحافظة على سرية حسابات العملاء .

ونأمل من العلى القدير أن يوفقنا حيث إننا استهدفنا من هذا البحث التبصير بأحكام هذا القانون ولاسيما للعاملين فى الحقل المصرفى حتى لا يقعوا تحت طائلة هذا القانون البسيط فى مواده والوخيم فى عواقبه .

الباب الأول

محل إلتزام البنك بسرية حسابات العميل

لما كانت كافة المعاملات المتعلقة بالحسابات المصرفية على إختلاف أنواعها من أدق أسرار عملاء البنوك ، ولذلك سوف نوضح فى هذا الباب على مدار فصلين الأول نبين فيه نطاق الالتزام بالسرية من حيث الحسابات وأنواعها والمعاملات المتعلقة بها ، وفى الفصل الثانى نبين فيه الأشخاص المنوط بهم القيام بهذا الإلتزام .

الفصل الأول

نطاق الإلتزام بالسرية

عندما تقوم البنوك بوظيفتها المصرفية والبنكية وذلك على سبيل الإحتراف فإنها تجذب أنواع مختلفة من عملائها اللذين يتعاملون معها فى كافة الأعمال المصرفية سواء كانت حسابات جارية أو ودائع نقدية أو صكوك أو خزائن حديدية أو إعتمادات مستندية أو خطابات ضمان والأعمال المصرفية الأخرى فإنها تطلع على أدق أسرار عملائها الخاصة سواء كانت مالية أو خلافه ، ولذلك يقع على البنوك الإلتزام بالمحافظة على سرية الحسابات والمعاملات وعدم إفشائها للغير سواء

بالنشر أو الإعلان أو إبلاغ الغير بها بأي طريقة كانت . وإلا كان البنك مسئول فى مواجهة عميله نتيجة إخلاله بالإلتزام بالمحافظة على سرية حساباته وودائعه وهذا الإلتزام الذي فرضته طبيعة المعاملات مع البنوك والعرف المصرفي والذي تطور لكي يلزم البنوك فى صورة تشريع مكتوب .

ولذلك سوف نوضح فى هذا الفصل نطاق هذا الإلتزام فى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

الحسابات والودائع والأمانات والخزائن

نصت المادة الأولى من القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ [١] على أن : -

« تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم فى البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ، ولا يجوز الإطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم ، بكل أو بعض هذه الأموال ، أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض فى ذلك أو بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين » .

ونفاذاً لنص المادة الأولى بفقرتها الأولى من القانون سالف الذكر . فقد وضحت محل الإلتزام بالسرية الذي يقع على عاتق البنك بمناسبة فتح أي حساب من الحسابات أياً كان نوعه سواء كان حساب بضمانات عينية أو بضمانات شخصية أو بدون ضمان . أو جاري مدين أو دائن ، وكذا الإلتزام بالسرية فى واقعة عقد وديعة مع البنك سواء كانت قصيرة الأجل أو طويلة الأجل وأياً كانت الوديعة نقود أو أوراق ثمينة أو صكوك لها قيمة ، كذلك خزائن العملاء لدى البنك يلتزم بعدم إعطاء أي بيانات للغير عنها سواء كان بطريق مباشر أو غير مباشر .

وبذلك فإن الحسابات بأنواعها والودائع والخزائن الحديدية تعتبر فى ذاتها سراً لدى البنك يلتزم بعدم إفشائها إلا للعميل أو النائب القانوني أو الوكيل المفوض بذلك قانوناً أو أحد ورثة العميل أو الموصي لهم بعد وفاته وبناء على حكم قضائي أو حكم محكمين .

ولكي يحد المشرع المصري فى القرار بالقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ من حالات إفشاء أسرار العملاء فقد أخذ المشرع المصري فى المادة الثانية من القرار بقانون سالف الذكر بنظام الحسابات المرقمة للحسابات المفتوحة لدى البنوك بالنقد الأجنبي وذلك كله بقصد التقليل من حالات إفشاء أسرار العملاء وتداولها فى المعاملات داخل البنك لعامة الموظفين ومراقبي حسابات البنوك وموظفي البنك المركزي ووزارة الإقتصاد والتجارة الخارجية بمناسبة قيامهم بعملهم أو قيامهم بدورهم الرقابي على البنوك . ولذلك نص المشرع المصري فى المادة الثانية من القرار بقانون سالف الذكر على أن :-

« للبنوك أن تفتح لعملائها حسابات حرة مرقمة بالنقد الأجنبي أو ربط ودائع منها أو قبولها ودائع مرقمة بالنقد المذكور ولا يجوز أن يعرف أسماء أصحاب هذه الحسابات والودائع غير المسئولين بالبنك الذين يصدر بتحديدهم قرار من مجلس إدارته » .

ويضع وزير الإقتصاد والتجارة الخارجية بعد الإتفاق مع محافظ البنك المركزي المصري الشروط والأوضاع الواجب توافرها لفتح هذه الحسابات أو قبول الودائع ويحدد مجلس إدارة البنك المركزي المصري البنوك التي يرخص لها بفتح الحسابات وقبول الودائع المذكورة .

---

(١) نشر بالجريدة الرسمية - العدد ٣٩ مكرر أ فى ٢ أكتوبر سنة ١٩٩٠ .

وفي جميع الأحوال لا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحسابات أو الوديعة المرقمة إلا بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك أو بناء على حكم قضائي واجب النفاذ أو حكم محكمين نهائي .

ويسري الحظر المنصوص عليه فى الفقرة الأخيرة من المادة السابقة على هذه الحسابات والودائع » .

وبذلك حاول المشرع المصري فى المادة الثانية من القانون ٢٠٥ / ١٩٩٠ التقليل من حالات إفشاء أسرار العملاء وذلك بأخذه بنظام الحسابات المرقمة وكذلك نظام الودائع المرقمة بحيث يرمز إلى الشخص صاحب الحساب برقم حسابي معين أو حرف معين . ولا يعرف صاحب الحساب إلا أشخاص معينين من البنك وفى الغالب ما يكونوا من قيادات البنك كالمديرين العموم أو أعضاء مجالس الإدارات وذلك بقصد التقليل من فرصة إنتشار أسماء العملاء ومعرفة أسرارهم .

وقد قصرت المادة الثانية من القرارات بقانون سالف الذكر فتح الحسابات والودائع المرقمة على الحسابات الحرة بالنقد الأجنبي فقط دون الحسابات بالجنيه المصري .

وفي رأينا أن هذه تفرقة لا مبرر لها سوى رغبة المشرع فى جذب الإيداعات بالعملات الحرة الأجنبية . وكان ينبغي على المشرع ألا يفرق بين الحسابات بالمصري وبالعملة الأجنبية ويترك فتح الحسابات أو الودائع المرقمة لرغبة العميل نفسه . فإذا رغب فتح حساب بإسمه الشخصي أو فى فتح حساب برقم أو بحرف يرمز به إليه .

أما كيفية التعامل فى الحسابات والودائع المرقمة فإن وزير الإقتصاد والتجارة الخارجية بعد الإتفاق مع محافظ البنك المركزي يضع الشروط والأوضاع الواجب توافرها لفتح هذه الحسابات أو قبول الودائع المرقمة بالعملات الأجنبية . علاوة على أن مجلس إدارة البنك المركزي يحدد البنوك التى يرخص لها بفتح الحسابات المرقمة أو قبول الودائع بالعملات الأجنبية المذكورة .

ونظام الحسابات المرقمة مأخوذ به فى دول أجنبية وعربية ، ومن الدول العربية التى أخذت به لبنان فى قانون سرية المصارف [1] فى مادته الثالثة التى نصت على أن : -

« يحق للمصارف المشار إليها فى المادة الأولى أن تفتح لزبائنها حسابات أو ودائع مرقمة لا يعرف أصحابها غير المدير القائم على إدارة المصرف أو وكيله ولا تعلن هوية صاحب الحساب المرقم إلا بإذنه الخطي أو بإذن ورثته أو الموصي لهم أو إذا أعلن إفلاسه أو إذا نشأت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصارف وزبائنها ويحق أيضاً لهذه المصارف أن تؤجر خزائن حديدية تحت أرقام بالشروط ذاتها » . . .

وبالتالى فقد أعتبر القرار بقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ فتح الحسابات المرقمة أو الغير مرقمة والودائع وإستئجار الخزائن الحديدية لدى البنوك سرية ومنع الإباحة بها أو إفشاء أسماء العملاء فاتحي أو عاقدي هذه المعاملات مع البنك وقد رتب على مخالفة نص المادتين الأولى والثانية من القانون سالف الذكر عقوبة جنائية منصوص عليها فى المادة السابعة من هذا القانون . حيث أن مفادها أن من يخالف أحكام هاتين المادتين يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه .

(١) صدر القانون رقم ١٩٥٦/٩/٣ ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٦/٩/٥ العدد ٣٦ .

المبحث الثاني
المعاملات المتعلقة بالحسابات والودائع والأمانات والخزائن

لا تقتصر السرية المطلوب إلتزام البنك بها على عمليات فتح الحسابات والودائع وتأجير الخزائن الحديدية فقط كما وضحنا ذلك في المبحث الأول بل تمتد السرية لتشمل المعاملات المتعلقة بالحسابات المصرفية بكافة أنواعها وسواء كانت إسمية أو مرقمة وكذلك المعاملات المتعلقة بالودائع النقدية وشهادات الإيداع والصكوك والأسهم وخلافه .

فيحرم على البنك أن يطلع أو ينشر أو يعطي أي بيانات للغير عن أي حسابات أو ودائع أو خزائن بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بموافقة العميل الكتابية على ذلك أو موافقة أحد ورثته أو أي من الموصي لهم بكل أو بعض الأموال أو النائب القانوني أو الوكيل المفوض بذلك قانوناً وبناء على حكم قضائي أو حكم محكمين ويسري هذا الحظر على جميع الأشخاص والجهات التى كان يخولها القانون من قبل الإطلاع أو الحصول على بيانات أو أوراق عن حسابات العملاء وبذلك يكون المشرع قد حظر إعطاء أي بيانات أو إطلاع أي من الأشخاص أو الجهات التى كان يخولها القانون حق الإطلاع لمعرفة أي بيانات مثل مندوبي الضرائب أو جهات الأمن أو أي أجهزة رقابية أو خبراء وزارة العدل إلا إذا كان لديهم حكم مصرح لهم فيه الإطلاع على حسابات العميل وموضح فيه مهمتهم وذلك على النحو الذي سوف نوضحه فيما بعد .

وبذلك يحظر على البنك الإفادة عن مقدار الحساب دائناً أو مديناً وكذلك بيان أي حركة فى الحساب أو ماتم صرفه أو إيداعه فى حسابات العميل أو بيان أي ضمانات عينية أو شخصية قدمها العميل للبنك وكذلك المعاملات التى تمت من وقت قديم . حيث يظل الحظر قائماً حتى ولو إنتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب .

أما إذا كانت المعاملات محل نشر فى الصحف أو النشرات الإقتصادية سواء كان ذلك برغبة أو موافقة العميل أو كشفها فى نزاع قضائي بين البنك والعميل فلا تعتبر سراً ويجوز للبنك إفشائها ولا يلتزم بكتمانها .

وقد جرم المشرع كذلك الإباحة بأي معاملات متعلقة بالحسابات أو الودائع ورتب عليها جزاء نص عليه فى المادة السابعة من القانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ وجعل عقوبتها الحبس والغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد عن عشرين ألف جنيهاً .

المبحث الثالث
إلتزام البنك بالسرية بعد قفل الحساب

لم يقصر المشرع الحظر الذي فرضه على البنوك على فتح الحسابات أو المعاملات المتعلقة بها .. بل أكثر من ذلك فقد فرض المشرع على البنك أن يظل ملتزماً بكتمان أسرار عملائه وعدم إفشائها للغير ولو إنتهت علاقته مع العميل لأي سبب من الأسباب .

فقد نص المشرع فى عجز المادة الثانية من المادة الأولى من القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ على أن : -

« ويظل هذا الحظر قائماً حتى ولو إنتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب » .

وبذلك يكون المشرع قد ألقى على عاتق البنك والعاملين به والمتصلين به بسبب وظائفهم أو طبيعة عملهم إلتزام مؤبد بعدم إفشاء أسرار حسابات العملاء إبتداء من فتح الحساب إلى ما لا نهاية فهو إلتزام مؤبد ملقى على عاتق البنك يمنعه من الإباحة أو إفشاء أي سر أو بيان من بيانات الحسابات أو الودائع التي كان قد فتحها أو عقدها العميل معه .

وقد ذكر المشرع صراحة هذا الحظر وجعله قائماً حتى ولو إنتهت العلاقة بين البنك والعميل لأي سبب من الأسباب سواء لقفل الحساب لإنتهاء مدته أو نتيجة إخلال العميل بأي شرط من شروط التعاقد مع البنك أو إذا رغب البنك فى إنهاء العلاقة مع العميل لأي سبب كان . أياً كانت أسباب إنتهاء المعاملات يمتنع على البنك إفشائها للغير مهما مضى من الزمن .

وإذا خالف البنك ذلك يقع تحت طائلة نص المادة السابعة سالفة الذكر الموضحة فى المبحثين الأول والثاني إذا إعتبر المشرع إعطاء أي بيانات عن حساب تم إقفاله جريمة كما سبق وبذلك يكون المشرع قد فرض على البنوك الإلتزام بسرية حسابات وودائع العملاء وخزائنهم ومعاملاتهم إبتداء من فتح الحساب أو بداية التعامل إلى الأبد .

الفصل الثاني

الأشخاص الملتزمين بالسر

تنص المادة الخامسة من القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ على أن : -

« يحظر على رؤساء وأعضاء مجالس إدارة البنوك ومديريها أو العاملين بها إعطاء كشف أية معلومات أو بيانات عن عملاء البنوك أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو معاملاتهم فى شأنها أو تمكين الغير من الإطلاع عليها فى غير الحالات المرخص بها بمقتضى أحكام هذا القانون » .

ويسري هذا الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات والمعلومات المشار إليها » .

ومفاد نص المادة سالفة الذكر أن المشرع قد ألقى على عاتق العاملين بالبنوك أياً كانت درجاتهم ووظائفهم الإلتزام بعدم إفشاء أي بيانات عن حسابات العملاء . بل أن المشرع لم يقصر الإلتزام بالمحافظة على أسرار العملاء على العاملين بالبنوك فقط بل أنه مد هذا الإلتزام إلى كل من يطلع بحكم مهنته ووظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات أو الحسابات أو المعلومات المتعلقة بعملاء البنوك وبذلك سوف نوضح على مدار مبحثين إلتزام موظفي البنوك بالمحافظة على سرية حسابات العملاء فى المبحث الأول وفى المبحث الثاني الإلتزام بالمحافظة من غير موظفي البنك .

المبحث الأول

إلتزام موظفي البنوك بالمحافظة على سرية الحسابات

تحظر المادة الخامسة من القرار بقانون ٢٠٥/ ١٩٩٠ سالفة الذكر على رؤساء مجالس وأعضاء مجالس إدارة البنوك ومديريها أو العاملين بها إعطاء أو كشف أية معلومات أو بيانات عن عملاء البنوك أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو معاملاتهم فى شأنها أو تمكين الغير من الإطلاع عليها فى غير الحالات المرخص بها بمقتضى أحكام هذا القانون .

وطبقاً لهذه المادة فإنه يمتنع على موظفي البنوك أياً كانت وظائفهم وأياً كانوا رؤساء مجالس البنوك أو أعضاء مجالس إدارتها أو مديرين البنوك أو العاملين بها سواء كانت وظائف نمطية أو إشرافية أو حرفية . الإباحة بأي معلومات أو بيانات وصلت إلى علمهم بحكم وظيفتهم . كما يحرم عليهم إطلاع الغير على أي بيانات أو سجلات أو معلومات خاصة بالعملاء .

ولا يقتصر إلتزام موظف البنك بالكتمان على المعلومات التى علم بها أثناء تنفيذه للعمل المنوط به فى البنك . بل يمتد ليشمل كل ما يصل إلى علم

الموظف بمناسبة وظيفته ، بمعنى أنه لا إرتباط بين إلتزام الموظف بالكتمان ومجال تخصصه داخل البنك . وذلك لوجود تداخل في الإختصاصات ، وإشتراك أكثر من إدارة في تنفيذ عملية مصرفية واحدة . فلو قصرنا إلتزام الموظف بالكتمان على المعلومات التي عرفها بسبب ممارسة تخصصه الدقيق داخل البنك فإن هذا الإلتزام سيفرغ مضمونه .. ولذلك فإن الإلتزام بالكتمان المصرفي يغلب عليه الطابع الجماعي [1] .

وبذلك قد ألقى المشرع على جميع موظفي البنك إبتداءً من رئيس مجلس إدارته مروراً بأعضاء مجلس الإدارة ومديري الفروع والموظفين بجميع مستوياتهم بما في ذلك عمال النظافة في البنك . وذلك حيث أن عمل البنوك يغلب عليه الطابع الجماعي حيث يقوم بقيد المبالغ سواء بالخصم من حساب العميل أو الإضافة أكثر من موظف وفي أكثر من سجل وتتداول إشعارات الخصم والإضافة في أكثر من يد إبتداء من مدير الفرع حتى الساعي ، وبذلك يكون العمل جماعي ومن السهل على العامل في أي قسم من أقسام البنك المختلفة أن يعرف أو يتعرف على أي معاملة خاصة بأي عميل تمت في البنك والقول بغير ذلك سيكون مبرر للإفلات من الإلتزام بالمحافظة على سرية حسابات العملاء .

المبحث الثاني

إلزام غير موظفي البنوك بالمحافظة على سرية حسابات العملاء

وضحنا في المبحث الأول أنه يمتنع على موظفي البنوك أياً كانت درجاتهم إبتداءً من أول السلم الوظيفي حتى رئيس مجلس إدارة البنك إفشاء أي سر من أسرار حسابات العملاء .

ولكن توجد بعض الأشخاص يمكن لهم الإطلاع على حسابات ومعاملات العملاء وذلك بحكم وظيفتهم أو مهنتهم سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ..

ولذلك فقد نص المشرع في عجز المادة الخامسة من القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ على أن : -

« ويسري هذا الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات والمعلومات المشار إليها » .

كما نصت المادة الثالثة من ذات القانون [2] على أن :-

« ويكون النائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين أن يأمر مباشرة بالإطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من القانون المشار إليه أو المعاملات المتعلقة بها ، وإذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون العقوبات » .

كما توجد بعض الأشخاص من غير موظفي البنك الذي يتعامل العميل معهم يحق لهم أو يمكن لهم بحكم وظيفتهم أو عملهم أو مهنتهم الإطلاع أو معرفة أي معلومات عن حسابات العملاء سواء بطريق مباشر أو غير مباشر مثال ذلك موظفي البنك المركزي أو موظفي وزارة الإقتصاد والتجارة الخارجية حيث أن القانون ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ بشأن قانون البنوك والإئتمان [3] والمعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ [4] حيث نص في المواد ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ بالإلزام

(١) يراجع في ذلك القانون التجاري - علميات البنوك للأستاذان الدكتور أبو زيد رضوان ، رضا السيد عبد الحميد ص ١١٩ .

(٢) معدله بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والصادر في ١٨ يوليه سنة ١٩٩٢

(٣) منشور في الجريدة الرسمية في ١٣ يوليه سنة ١٩٥٧ العدد ٥٣ مكرر (ز) .

(٤) منشور بالجريدة الرسمية في ١٩٩٢/٦/٤ العدد (٢٣) تابع .

البنوك العاملة فى مصر أن تقدم بيانات شهرية عن مراكزها المالية وكذا أي بيانات يطلبها البنك المركزي إليه وكذا موافاة البنك المذكور بأي إيضاحات أو بيانات يطلبها . وللبنك المركزي عند الإقتضاء وبعد موافقة وزير الإقتصاد أن يندب موظفاً أو أكثر للإطلاع على دفاتر البنك وسجلاته ويحصل هذا الإطلاع فى مقر البنك .

كما أن المادة ٢٥ من القانون سالف الذكر نصت على أن يتولى مراجعة حسابات البنك مراقبان للحسابات يختارا من بين المقيدين فى سجل يعد لهذا الغرض بالتشاور بين البنك المركزي المصري والجهاز المركزي للحسابات .

كما أن مفاد نص المادتين ٣ ، ٦ من القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ بشأن الجهاز المركزي للحسابات [1] يخول مراقبي الحسابات الجهاز المركزي للمحاسبات الإطلاع على حسابات العملاء عند فحص ومراجعة أعمال فروع البنك وذلك طبقاً لنصوص القانون سالف الذكر .

وقد أيدت ذلك فتوي الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والصادرة فى ١٩٩٤/١/٤ .

وعلى ما تقدم فإن القانون قد أباح لبعض الأشخاص بحكم وظيفتهم أو مهنتهم أو طبيعة عملهم الإطلاع على سجلات وحسابات العملاء وودائعهم مثال ذلك ما عددتهم المادة الثالثة من القانون ٢٠٥/ ١٩٩٠ وهم النائب العام أو المحامي العام بمناسبة التحقيق فى جناية من الجنايات المنصوص عليها فى القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون العقوبات وهي الجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل المنصوص عليها فى المواد ٨٦ حتى ١٠٢ من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ [2] المعدل بالقانون رقم ١٩٩٢/٢٣ [3] .

وكذا القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ بشأن قانون البنوك والإئتمان خوّل موظفي البنك المركزي ووزارة الإقتصاد والتجارة الخارجية وكذا مراقبي الحسابات حق الإطلاع على حسابات العملاء بحسب طبيعة وظيفتهم ومهنتهم .

كما خول القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ بشأن الجهاز المركزي للمحاسبات مراقبى حسابات الجهاز المركزى حق الإطلاع على سجلات البنوك وحسابات العملاء وهم بصدد مراقبة البنوك فى أعمالها .

وعليه يكون أمثال هؤلاء يمكن لهم معرفة بيانات عن حسابات العملاء ومعاملاتهم مع البنوك .

ولذلك فقد مد المشرع نطاق الحظر إليهم ومنعهم من إفشاء هذه الأسرار ووضع المشرع جزاء عليهم إذا أفشوا أي سر من أسرار العملاء والمتعلقة بحساباتهم بالإضافة إلى الرجوع بالتعويض عليهم وعلى الجهات التابعة لهم عاقب المشرع فى المادة السابعة من القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ كل من يخالف نص المادة الخامسة سواء من موظفي البنوك أو غيرهم مما يطلعوا بحكم عملهم أو وظيفتهم على حسابات ومعاملات العملاء بعقوبة الحبس الوجوبي مع الغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه .

الباب الثاني
الإستثناءات التى ترد على إلتزام البنك بسرية الحسابات

إلتزام البنك بالمحافظة على سرية الحسابات وبياناتها وما يرتبط بها ليس إلتزام مطلق وانما توجد بعض الأسباب تعفي البنك من هذا الإلتزام . كما إذا

(١) منشور فى الجريدة الرسمية العدد (٢٣) فى ١٩٨٨/٦/٩ .
(٢) المنشور فى الجريدة الرسمية فى ١٩٩٢/٧/١٨ العدد ٢٩ مكرر .
(٣) منشور فى الجريدة الرسمية والمشار إليها فى ص (٨) من هذا المرجع .

إقتضت مصلحة البنك الضرورية الكشف عن حسابات العميل كلها أو بعضها بمناسبة نزاع قضائي بينه وبين البنك . وقد يكون الإفشاء أو الإفضاء بسرية الحسابات بناء على طلب العميل أو أحد ورثته أو النائب عنه قانوناً . . . الخ .

وقد ورد في القرار بقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات مجموعة من الإستثناءات على إلتزام البنك بالمحافظة على أسرار حسابات عملائه . . فقد نصت المادة الأولى في فقرتها الأولى من القانون سالف الذكر على مايلي : -

« تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم في البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ولا يجوز الإطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أو أحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك أو بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين .

كما نصت المادة (...) الفقرة الثانية من المادة الثانية من القرار بقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ على أن :

« وفي جميع الأحوال لا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحساب أو الوديعة المرقمة إلا بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك أو بناء على حكم قضائي واجب النفاذ أو حكم محكمين نهائي ويسري الحظر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة السابقة على هذه الحسابات والودائع » .

كما نصت المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ والمعدل بالقانون رقم ٢٣ سنة ١٩٩٢ [(١)] الصادر في ٢٨ يولية سنة ١٩٩٢ على ما يأتي :

« للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين الأول على الأقل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب جهة رسمية أو أحد ذوى الشأن أن يطلب من محكمة إستئناف القاهرة الأمر بالإطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين السابقتين أو المعاملات المتعلقة بها وذلك في أي من الحالتين الآتيتين : -

(أ) إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة في جناية أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعها .

(ب) التقرير بما في الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون .

وتفصل المحكمة المنعقدة في غرفة المشورة في الطلب خلال الثلاثة أيام التالية لتقديمه بعد سماع أقوال النيابة العامة .

وعلى النائب العام أو من يفوضه في ذلك من المحامين العامين الأول على الأقل إخطار البنك وذوى الشأن بحسب الأحوال بالأمر الذي تصدره المحكمة في هذا الشأن خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره . .

ولا يبدأ سريان الميعاد المحدد للتقرير بما في الذمة إلا من تاريخ إخطار البنك بالأمر المذكور .

ويكون للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين أن يأمر مباشرة بالإطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من القانون المشار إليه أو المعاملات المتعلقة بها إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات » .

---

(١) منشور في الجريدة الرسمية في ١٩٩٢/٧/١٨ العدد ٢٩ مكرر وقد صححت الفقره المضافة بالاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٦ في ١٩٩٢/٩/٣ .

كما نصت المادة السادسة من القانون المشار إليه على مايأتي : -

« لا تخل أحكام هذا القانون مايأتي : -

١- الواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبي حسابات البنوك وبالإختصاصات المخولة قانوناً لكل من البنك المركزي المصري أو وزارة الإقتصاد والتجارة الخارجية .

٢- إلتزام البنك بإصدار شهادة بأسباب رفض صرف الشيك بناء على طلب صاحب الحق .

٣- حق البنك فى الكشف عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حقه فى نزاع قضائي نشأ بينه وبين عميله بشأن هذه المعاملات .

وعليه سوف نتناول بالبحث والتوضيح الإستثناءات التى يجوز للبنك فيها إفشاء سرية حساب العميل من خلال تسعة مباحث .

المبحث الأول : رضاء العميل أو ورثته أو أي من الموصي لهم أو نائبه القانوني أو وكيله المفوض بذلك .

المبحث الثاني : مراقبوا الحسابات .

المبحث الثالث : البنك المركزي المصري ووزارة الإقتصاد والتجارة الداخلية .

المبحث الرابع : الإفشاء بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين .

المبحث الخامس : الإفشاء بناء على أمر صادر من محكمة إستئناف القاهرة .

المبحث السادس : الإفشاء كطلب النائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين على الأقل أو بناء على أمره فى الجرائم المنصوص عليها فى القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات .

المبحث السابع : الإفشاء فى حالة وجود نزاع بين البنك والعميل .

المبحث الثامن : الإفشاء كطلب المستفيد فى الشيك .

المبحث التاسع : حق الجهاز المركزي للمحاسبات فى الإطلاع على الحسابات .

المبحث الأول

الإفشاء بناء على رضاء العميل أو أحد ورثته أو أحد الموصي لهم بكل أو بعض الأموال أو النائب القانوني أو الوكيل المفوض بذلك قانوناً.

جاء فى الفقرة الأولى من المادة الأولى وكذا فى الفقرة الأولى من المادة الثانية من القرار بقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ أن جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم فى البنوك سرية وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ولا يجوز الإطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض فى ذلك قانوناً أو بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين .

يتضح من نص المادتين سالفتي الذكر أن البنك يستطيع أن يفضي أسرار حسابات عملائه بناء على إذن كتابي أي أن المشرع قد وضح الطريق الوحيد لإثبات الإذن الصادر من العميل للبنك بإفشاء أسرار حساباته أو إعطاء الغير أي بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر أن يكون الإذن الصادر منه للبنك كتابي فالإذن الشفوي أو التليفوني لا يصلح سنداً للبنك لإفشاء أو إفضاء سرية حسابات عملائه إلى الغير بل لابد أن

يحصل البنك على إذن كتابي صريح منه بالإفشاء أو إعطاء أي بيانات من أحد الأشخاص الآتية :

١- صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة :

الأصل أن إفشاء أسرار العملاء خطأ يستوجب التعويض المدني والعقوبة الجنائية إلا أن رضاء المجني عليه أو صاحب الحساب إفشاء سرية حساباته توقياً لمصلحة أو فائدة تعود عليه جعل المشرع يجعل ذلك سبباً من أسباب إفشاء سرية حسابات العميل . وقد أحسن المشرع المصري صنعاً عندما تطلب أن يكون الإذن الصادر من العميل للبنك كتابياً . فلا يكفي الإذن الشفوي أو الضمني . وقد سبق القانون اللبناني القانون المصري فى ذلك إذ نص فى المادة الثانية من قانون سرية المصارف اللبناني الصادر فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٦ [1] أنه لا يجوز إفشاء اسرار حسابات زبائن البنوك إلا بناء على إذن لهم خصيصاً العميل أو ورثته أو الموصى لهم ... الخ .

وعليه فيقتصر الإذن على العميل فلا يمتد إلى أولاده أو تابعيه .

ويدعوا إختلاف النظام المالي للزواج إلى التساؤل بما إذا كان يجوز لأحد الزوجين أن يطلب إلى البنك إطلاعه على أموال الزوج الآخر فيفرق الكتاب فى هذا الصدد بين ما إذا كان الزوجان يتبعان نظام إنفصال الأموال أم نظام وحدتها وإندماجها فى الحالة الأولى (الإنفصال) لا يكون لأي من الزوجين أن يحصل على معلومات عن حقوق الآخر المثبتة فى حسابه .

أما فى الحالة الثانية (الإندماج) فقد أدى إنفراد الزوج بحق إدارة وتصريف هذه الأموال إلى القول بأنه ليس للزوجة أن تطلب بيانات عن الحساب المفتوح للزوج إلا إذا كانت قد أقامت دعوى تطليق أو لفصل الأموال .

وإذا كان الحساب مفتوحاً بإسم الزوجة فإنه يكون للزوج أن يحصل على كل المعلومات عن العمليات التى أجرتها الزوجة سواء فى حياتها أو بعد وفاتها ولو لم يكن هو الخلف العام لها وذلك إستناداً إلى أن هذه الحسابات لا تفتح إلا بتدخل الزوج وأن ثمة قرينه على أن هذه الأموال تدخل فى نظام الإندماج [2] ولتحديد

---

(١) نظراً لأن القانون اللبنانى الصادر سنة ١٩٥٦ بشأن سرية المصارف اللبنانى يعتبر بمثابة تنظيم قانونى متطور من الناحية القانونية والمصرفية فى هذه الأونه وسوف نورد نصوصه ونصها كالاتى :

مادة (١) : تخضع لسر المهنة المصارف والمؤسسة فى لبنان على شكل شركات منفصلة والمصارف التى هي فروع لشركات أجنبية شرط أن تحصل هذه المصارف اللبنانية والأجنبية على موافقة خاصة يعطيها وزير المال لهذه الغايه ويستثنى من أحكام هذا القانون مصرف التسليف الزراعى الصناعى والعقارى

مادة (٢) : أن مديرى ومستخدمى المصارف المشار اليها فى المادة الأولى وكل من له اطلاع بحكم صفته أو وظيفته بأية طريقة كانت على قيود الدفاتر والمعاملات والمراسلات المصرفية يلزمون بكتمان السر اطلاقاً لمصلحة زبائن هذه المصارف ولا يجوز لهم افشاء ما يعرفونه عن أسماء الزبائن واموالهم والأمور المتعلقة بهم لأى شخص فرداً كان أو سلطة عامة أو إدارية أو عسكرية أو قضائية إلا إذا أذن لهم ذلك خصيصاً صاحب الشأن أو ورثته أو الموصى لهم أو إذا أعلن افلاسه أو إذا نشأت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصارف وزبائنها .

مادة (٣) : يحق للمصارف المشار إليها فى المدة الأولى أن تفتح لزبائنها حسابات ودائع مرقمه لا يعرف اصحابها غير المدير القائم على ادارة المصرف أو وكيله ولا تعلن هويه صاحب الحساب المرقم إلا بإذنه الخطى أو باذن ورثته أو الموصى لهم أو اذا أعلن افلاسه أو اذا نشأت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصارف وزبائنها ويحق أيضاً لهذه المصارف أن تؤجر خزائن حديدية تحت أرقام بالشروط ذاتها .

مادة (٤) : لا يجوز القاء أى حجز على الأموال والموجودات المودعة لدى المصارف المشار إليها فى المادة الأولى ألا بإذن خطى من أصحابها .

مادة (٥) : يجوز الاتفاق مسبقاً على اعطاء الإذن المنوه عنه فى المواد السابقة فى كل عقد من أى نوع كان . ولا يجوز الرجوع عن هذا الإذن الا بموافقة جميع المتعاقدين .

مادة (٦) : يجوز للمصارف المشار إليها فى المادة الأولى صيانة لتوظيف أموالها أن تتبادل فيما بينها فقط وتحت طابع السرية المعلومات المتعلقة بحسابات زبائنها المدنية .

مادة (٧) : لا يمكن للمصارف المشار إليها فى المادة الأولى أن تتذرع بسر المهنة المنصوص عليه فى هذا القانون بشأن الطلبات التى توجهها السلطات القضائية فى دعاوى الإثراء غير المشروع المقامة بموجبه المرسوم الاشتراكى رقم ٣٨ بتاريخ ١٨ شباط سنة ١٩٥٣ وقانون ١٤ نيسان سنة ١٩٥٤ .

مادة (٨) : كل مخالفة عن قصد لاحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بالحبس من ثلاثة أشهر حتى سنة والشروع بالجريمة يعاقب عليه بنفس العقوبة.

مادة (٩) : تعتبر ملغاه كافة النصوص القانونية المخالفة لهذا القانون أو غير المتفقه مع مضمونه .

مادة (١٠) : يعمل بهذا القانون بعد مرور شهرين من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

صدر هذا القانون فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٦ ونشر فى الجريدة الرسمية اللبنانية فى العدد ٣٦ بتاريخ ١٩٥٦/٩/٥ .

(٢) راجع موسوعة اعمال البنوك د/ محى الدين اسماعيل ص ١٥١ نقلاً من هنريون ص ٦٨ وما بعدها .

النظام الذي يخضع له الزوجان أي نظام إنفصال الأموال أو وحدتها إلى قواعد القانون الدولي الخاص وديانة الزوجين لتحديد النظام اللذان يخضعان له .

وعليه ليس للبنك أن يحتمي وراء قانون سرية الحسابات ويمتنع عن إعطاء أو إمداد العميل ببعض المعلومات أو البيانات عن حساباته أو أماناته أو خزائنه أو دائعه طرف البنك طالما كان صاحب الحساب ولا يجوز للبنك الاحتجاج بإلتزام البنك بالمحافظة على سرية الحساب .

٢- أحد ورثة العميل :

فى حالة وفاة العميل فقد إكتفى المشرع لكي يكشف عن بيانات الحساب أو عن أي بيان متعلق بالحساب بإذن كتابي من أحد الورثة ولم يتطلب المشرع إذن كتابي من جميع الورثة .

وقد إنتقد البعض من الفقه نشايعه الرأي باتجاه المشرع بكشف السرية بناء على إذن كتابي من أحد الورثة إذ إعتبروا هذا بمثابة إفراط فى هذا الإستثناء وكان الأولى به أن يشترط صدور الإذن الكتابي من جميع الورثة أو غالبيتهم . لأنه فى ضوء هذا النص يستطيع وارث واحد مهما كان نصيبه فى الميراث ضئيلاً أن يأذن للبنك كتابة بإفشاء أسرار المتوفي بالرغم من معارضة الورثة الآخرين [(١)] .

وعليه فإنه طبقاً لنص القانون يجوز لأي وارث من ورثة العميل أياً كان سبب الميراث سواء كان عصبة بالنفس أو بالغير أو من أصحاب الفروض أو من ذو الأرحام أو من أصحاب الوصية الواجبة أن يأذن للبنك بكشف وإفشاء سرية حسابات العميل بعد وفاته .

٣- أحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الأموال :-

نفاذاً لما جاء بنص المادتين الأولى والثانية من القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ يجوز للبنك أن يكشف عن حسابات العميل بعد وفاته وذلك بناء على إذن كتابي صادر من الموصي له بكل أموال العميل طرف البنك بإطلاع الغير أو إعطائه بيانات عن الحسابات أو الودائع أو الخزائن ويشمل الإذن جميع الحسابات أو الودائع والخزائن والأمانات إذ أن الوصي فى هذه الحالة يعتبر بمثابة خلف عام فى هذه الأموال ويحل محل العميل ويسري عليه ما يسري على العميل فيجوز له أن يأذن للبنك كتابياً بإبلاغ الضرائب أو إعطاء أي بيانات أو معلومات عن أي حساب بطريق مباشر أو غير مباشر .

أما إذا كان الإذن من الموصي له ببعض أموال العميل طرف البنك فنحن نرى أنه يجب أن يقتصر الإذن على المعلومات والبيانات الخاصة بهذا الجزء إذا كان هذا الجزء محدداً فى أموال العميل طرف البنك .. أما إذا كان الجزء الموصي به غير محدد وشائع فى جميع أموال العميل فنرى أنه يسري الإذن على جميع أموال العميل طالما أن حصة الموصي له غير مفرزة .

٤- النائب القانوني :-

يقصد بالنائب القانوني وهو من يمثل صاحب الحساب أو الوديعة أو الخزينة الحديدية قانوناً . أي أن القانون هو الذي أعطى لهذا الشخص الصفة القانونية لمباشرة أعمال الغير إما لصغر سنه أو لعاهة عقلية أو وجود عجز .. الخ .

والنائب القانوني قد يكون الولى الطبيعى مثل الأب والجد . على الإبن القاصر .. ومثل الوصى الذي يعين بقرار من المحكمة سواء كان بأجر أو بغير أجر على العميل القاصر . وفى هذه الحالة لا يجوز للبنك أن يكشف عن بيان متعلق بحساب بإسم القاصر إلا بإذن كتابي من الولي الطبيعي أو الوصي وذلك فى الحسابات التى تخضع للولاية أو الوصايا .

---

(١) راجع فى ذلك القانون التجارى - عمليات البنوك للأستاذين د/ أبو زيد رضوان ، رضا السيد عبد الحميد ص ١٢٢ طبعة ١٩٩٢ ، ١٩٩٣ .

أما الحسابات بإسم القاصر التى تكون مفتوحة باسمه لمصروفاته الشخصية أو التي يكون إيداعاتها من عمله أو تجارته . أو المأذون له بمباشرتها طبقاً لنص المواد من ٥٥ إلى ٦٣ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فيجب أن يصدر الإذن الكتابي من القاصر نفسه للبنك بكشف أي بيانات أو معلومات للغير بطريق مباشر أو غير مباشر .. ويجب على البنك فى هذه الحالة ألا يكشف أو يفشي سرية حساب العميل القاصر إلا بعد االحصول على الإذن الكتابي منه شخصياً .

وقد يكون النائب القانوني قيّماً تعينه المحكمة على المحجور عليه والمحجور عليه هو الشخص البالغ الذى لحقه جنون أو عته أو سفه أو غفلة وحكمت المحكمة بإعتباره كذلك [1] وفى هذه الحالة على المحكمة أن تعين له قيماً لإدارة أمواله ويسري عليه مايسري على الوصي من أحكام .. وفى هذه الحالة لا يجوز للبنك أن يفشي سرية الحساب أو أي بيان منه إلا بعد الحصول على إذن كتابي صريح من القيمّ .

وقد يكون النائب القانوني مساعداً قضائياً طبقاً لما أوضحته المادة(٧٠) من قانون الولاية على المال سالف الذكر فى حالة ما إذا كان الشخص أصم ، أو أعمى أو أبكم وإذا لحق بالشخص عجز جسماني شديد يخشى معه إنفراده وحده بمباشرة تصرفاته المالية وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً ومعاوناً قضائياً يعاونه ويساعده فى تصرفاته القانونية ويشترك معه فى التصرفات ولذلك يجب أن يصدر الإذن للبنك بكشف الحساب من العميل المصاب بعاهتين أو المصاب بعجز شديد بناء على مساعدة ومعاونة المساعد والمعاون القضائي لا يعتد بالإذن بكشف السرية .

وقد يكون النائب القانوني : الوكيل عن الغائب كامل الأهلية متى إنقضت سنة أو أكثر على غيابه وتعطلت مصالحه وخصوصاً إذا كان المفقود لا تعرف حياته أو مماته ولم يكن له محل إقامة معلوم بالداخل سواء كان الوكيل موكل أصلاً عن الغائب وعينته المحكمة ، أو لم يكن قد وكله العميل الغائب من قبل وعينته المحكمة ، وفى هذه الحالة يكون هذا الوكيل القانوني [2] هو صاحب الحق فى إعطاء الإذن الكتابي للبنك بكشف أو إفشاء سرية حسابات أو ودائع العميل المفقود أو الغائب .

٥- *الوكيل المفوض فى ذلك :-*

الوكيل الذي يعتد بالإذن الصادر منه للبنك بكشف سرية حسابات العميل الموكل لهذا الوكيل .. يجب أن يكون وكيلاً خاصاً فى شأن الإذن للبنك فقط وبالتالي لا تكفي الوكالة العامة فى هذا الخصوص حيث جاء فى نص المادتين الأولى والثانية من القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات بالبنوك أنه لا يجوز الإطلاع على الحسابات أو إعطاء أي بيانات عنها إلا بإذن صاحب الحساب أو الوكيل المفوض فى ذلك . أي أن المشرع تطلب وكالة خاصة للوكيل حتى يأذن للغير بالإطلاع على حساب الموكل أو يعطي إذن للبنك بإفشاء سرية حساب العميل الموكل لهذا الوكيل حيث جاء فى نص المادة ١/٧٠١ من القانون المدني على أن :

« الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل ، لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة .

وقد نصت المادة ١/٧٠٢ ، ٣ من القانون المدني أيضاً على أن : -

(١) راجع المادة (٦٥) وما بعدها من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال .

(٢) راجع فى ذلك نص المواد ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

« لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيهه اليمين والمرافعة أمام القضاء . فقرة (٣) والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري » .

ولما كان المشرع فى القانون ٢٠٥/ ١٩٩٠ وقد تطلب وكالة خاصة حتى يكون للوكيل الحق فى الإذن للبنك بالإفشاء أو الإفضاء بسرية حسابات العميل حيث أن ذلك يعد بمثابة إقرار من الوكيل ولذلك الوكيل عن العميل فى وكالة عامة لا تبيح له الإذن للبنك بإفشاء سرية حسابات العميل حيث أن الوكالة العامة تفيد الإدارة [١] فقط ولا تسري على التصرفات والإقرارات ولا سيما أن الوكالة الخاصة هي التي تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فى هذه الوكالة وما تقتضيه توابعها الضرورية حسب طبيعة الأمور والعرف الجاري .

وبالبناء على ما تقدم يكون للوكيل عن العميل بتوكيل خاص منصوص عليه محدداً بحق الوكيل فى الإذن للبنك فى إطلاع الغير أو إعطاء بيانات عن حسابات أو ودائع أو خزائن العميل الموكل .

أما الوكيل فى توكيل عام لا يجوز له إعطاء أي إذن أو تصريح للبنك بكشف سرية الحسابات .

المبحث الثاني

مراقبو حسابات البنوك

تنص المادة السادسة فقرة (١) من القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ على أن : -

« لا تُخلّ أحكام هذا القانون بالواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبي حسابات البنوك . . . » .

كما تنص المادة « ٢٥ » من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ [٢] والمستبدلة بالقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٨٠ ثم استبدلت بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ [٣] قد نصت على أن : -

« مع عدم الإخلال بأحكام قانون الجهاز المركزي للمحاسبات يتولى مراجعة حسابات البنك مراقبان للحسابات يختاران من بين المقيدين فى سجل - يعد لهذا الغرض - بالتشاور بين البنك المركزي المصري والجهاز المركزي للمحاسبات ولا يجوز للمراقب الواحد أن يراجع حسابات أكثر من بنكين فى وقت واحد » .

وكما نص فى المادة ٢٦ من ذات القانون على مراقب الحسابات أن يخطر البنك المركزي بأي نقص أو خطأ يستوجب الإعتراض لدى البنك الذي يفحص حساباته ويعد تقرير حسابي بذلك . . .

وكما نصت المادة ٢٦ مكرر « ٢ » تخضع جميع البنوك التى تمارس عملياتها داخل جمهورية مصر العربية لأحكام هذا القانون .

لما كان بنص المادة ٢٥ من القانون سالف الذكر ظل للجهاز المركزي للمحاسبات كافة إختصاصاته الرقابية المنصوص عليها فى المواد ٣ ، ٦ من القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ بشأن الجهاز المركزي للمحاسبات [٤] تخول للجهاز المذكور ممارسة الرقابة المالية والمحاسبية على بنوك القطاع العام أو البنوك التى تملك فيها الدولة ٢٥٪ من رأس مالها حيث تعتبر شركة من الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو بنوك القطاع العام ٢٥٪ من رأس مالها وبالتالي تخضع لرقابة الجهاز المركزي للمحاسبات .

---

(١) راجع نص المادة ٧٠١ مدنى .

(٢) منشور فى الجريدة الرسمية فى ١٣/ يوليه سنة ١٩٥٧ العدد ٥٣ مكرر « ز » .

(٣) منشور فى الجريدة الرسمية فى ١٩٩٢/٦/٤ العدد ٢٣ تابع .

(٤) مشار إليه من قبل .

وبناء على ما تقدم لا يستطيع البنك التمسك بالتزامه بسرية حسابات العملاء فى مواجهة مراقبي الحسابات عندما يطلبون الإطلاع على مستندات البنك وسجلاته أو موافاتهم ببيانات تمكنهم من أداء عملهم وواجباتهم المكلفون بها سواء من البنك المركزي أو من الجهاز المركزي للمحاسبات . حيث أنهم مناط بهم إعداد الميزانية والتقارير السنوية التي تعرض على الجمعية العمومية للبنك وبذلك فإن إطلاعهم أو إعطائهم أي بيانات لا تخل بإلتزام البنك بالمحافظة على سرية حسابات عميله . وإن كان المشرع قد ألقى على عاتق هؤلاء المراقبين للحسابات التزام بالمحافظة أيضاً على سرية حسابات العملاء الذين يطلعوا على حساباتهم بحكم عملهم أو وظيفتهم . أو واجباتهم وجرم من يفشي فيهم أي معلومات أو يدلي بأي بيانات عن حساب أي عميل وذلك فى المادة الخامسة من القرار بقانون رقم ٢٠٥/١٩٩٠ إذ نص على أن :

« ويسري هذا الحظر لإفشاء سرية حسابات العملاء على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات والمعلومات المشار إليها » .

وجعل المشرع عقوبة من يفشي أسرار العملاء من هذه الطائفة الحبس الوجوبي مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه [1] .

المبحث الثالث

البنك المركزي ووزارة الإقتصاد والتجارة الداخلية

نص المشرع فى المادة الأولى من القانون رقم ١٦٣/١٩٥٧ [2] على أن : -

« يكون البنك الأهلي المصري البنك المركزي للدولة ويقوم بتنظيم السياسة الإئتمانية والمصرفية والإشراف على تنفيذها وفقاً للخطط العامة للدولة وبما يساعد على دعم الإقتصاد القومي وإستقرار النقد المصري ..' ويتخذ فى سبيل تحقيق أغراضه الوسائل الآتية : -

(أ) ....

(ب) ....

(جـ) مراقبة الهيئات المصرفية بما يكفل سلامة مركزها المالي .

كما أن نص المواد ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٦ مكرر « ١ » ، مكرر « ٢ » ، ٢٧ ، ٢٨ من القانون سالف الذكر على حق البنك المركزي فى إيفاد مراقبي حسابات لفحص حسابات البنوك ومتابعة أعمالها والتأكد من عدم مخالفتها للتعليمات القانونية المعمول بها فضلاً عن ذلك فقد نصت المادة « ٢٩ » من القانون سالف الذكر على أن :

« على كل بنك أن يقدم إلى البنك المركزي كافة مايطلبه من بيانات وإيضاحات عن العمليات التى يباشرها وللبنك المركزي عند الإقتضاء وبعد موافقة وزير الإقتصاد أن يندب موظفاً أو أكثر من قائمة معتمدة من وزير الإقتصاد والتعاون الإقتصادي للإطلاع على دفاتر وسجلات البنك ويحصل هذا الإطلاع فى مقر البنك » .

وبذلك لا يجوز للبنك أن يمتنع عن موافاة البنك المركزي بأي بيانات أو إيضاحات أو حسابات أو معلومات عن أي حساب من الحسابات بحجة المحافظة على سرية الحسابات حيث أن المشرع إستثنى ذلك بنص القانون .

---

(١) راجع فى ذلك نص المادة السابعة من القرار بقانون رقم ٢٠٥/١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات .

(٢) مشار إليه من قبل .

كما أنه لا يجوز للبنك أن يمتنع عن تمكين مندوب وزارة الإقتصاد والتجارة الداخلية والمعتمدين فى قائمة وزارة الإقتصاد من الإطلاع على سجلات البنك ومستنداته بحجة سرية الحسابات حيث أن هذه الطائفة مستثناة بنص القانون . ويجوز لهم الإطلاع على حسابات العملاء وودائعهم وكذا طلب أي بيانات عن حسابات البنوك وذلك ليتمكنوا من أداء واجبهم من إعداد الميزانيات والحسابات المركزية .

فضلاً عن ذلك فقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ على أن :

« يضع مجلس إدارة البنك المركزي المصري القواعد المنظمة لتبادل البنوك معه وفيما بينها المعلومات والبيانات المتعلقة بمديونية عملائها والتسهيلات الإئتمانية المقررة لها بما يكفل سريتها ويضمن توافر البيانات اللازمة لسلامة منح الإئتمان .

وقد أصدر مجلس إدارة البنك المركزي المصري بجلسة ٢١/٣/١٩٩١ القرار التالي :

١- يتعين على البنوك المحليين أو البنوك بالخارج عند الإستعلام عن أحد العملاء ضرورة الحصول على إذن كتابي من العميل أو نائبه القانوني أو وكيله المفوض بموافقته على قيام البنك المعني بالإطلاع على حساباته المدينة والمعلومات والمعاملات المتعلقة بها لدى البنك المركزي المصري أو أي من البنوك العاملة فى مصر .

٢- تقدم الإقرارات الشهرية عن عملاء التسهيلات الإئتمانية إلى الإدارة العامة لتجميع مخاطر الإئتمان المصري فى مظاريف مغلقة وسرية معنونة بإسم الإدارة ومقرها فى موعد لا يتجاوز اليوم الخامس من الشهر التالي للشهر الذي يتم الإقرار عن بياناته .

٣- تسلم المراكز المجمعة لكل عميل إلى البنوك التى يتعامل معها هذا العميل وذلك عن طريق مندوبيها المعتمدين فى موعد لا يتجاوز الأسبوع الأخير من الشهر الوارد فيه إقرارات البنوك عن عملائها .

٤- تسلم بيانات ومراكز العملاء المطلوب الإطلاع على بياناتهم فى مظاريف مغلقة إلى مندوبي البنوك المعتمدين أو ترسل عن طريق أجهزة الفاكسميلي المؤمنة .

وعلى ذلك لا يعتبر إبلاغ البنك المركزي بالمراكز الشهرية أو أي بيانات عن العملاء إفشاء للسرية أو تبادل المعلومات بين البنوك بعضها البعض وخصوصاً إذا كان هناك إذن تحت يد البنك من العميل أو من يفوضه أو وكيله بموافقة البنك على قيام البنك بإطلاع البنوك الأخرى العاملة فى مصر على معلومات أو بيانات عن الحساب لا يعد ذلك إفشاء للسرية .

المبحث الرابع
الإفشاء بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين

من ضمن الإستثناءات التى قررها القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ على إلتزام البنك بالسرية صدور حكم قضائي أو حكم محكمين يلزم البنك بإطلاع الغير على حسابات العملاء أو إعطائه أي بيانات عن الحسابات وقد نص المشرع على ذلك صراحة فى المادتين الأولى والثانية .

إلا أن المشرع قد فرق فى ذلك بين الحسابات الإسمية والحسابات المرقمة ونوضح ذلك :

اولا : بالنسبة للحسابات والودائع الإسمية :-

نص المشرع فى المادة الأولى من القرار بقانون سالف الذكر على أن : -

« تكون جميع حسابات العملاء .... سرية ولا يجوز الإطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا .... أو .... أو .... أو .... أو .... أو بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين » .

وعليه فإن المشرع فى نطاق الحسابات الشخصية قد إستثنى للبنك من نظام السرية حالة صدور حكم قضائي أو حكم محكمين فإفشاء أسرار حسابات العميل أو إعطاء بيانات عنه فلا يجوز للبنك أن يتمسك بالسرية فى هذا المقام بل عليه أن يبوح بأسرار العميل طبقاً لمنطوق الحكم أو حكم المحكمين .

وعلى ذلك لم يتطلب المشـرع فى هـذا النوع من الحسابات أن يكون الحكم القضائي نهائي أو غير نهائي كما أنه لم يفرق بين الحكم التمهيدي والحكم التقريري أو الحكم القطعي بل جاء النص عاماً أي أن أي حكم قضائي يصدر من هيئة قضائية لها ولاية القضاء يصرح بإطلاع الغير على حسابات العميل أو إعطائه بيانات عنها لا يجوز للبنك أن يمتنع عن تنفيذ هذا الحكم . ولم يشترط المشرع أن يكون الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل كما هو الشأن فى المادة الثانية من هذا القانون .

وكذلك لو صدر حكم محكمين سواء كان التحكيم الإجباري المنصوص عليه فى القانون أو تحكيم إختياري حيث أن المشرع لم يبين ما إذا كان المقصود بالتحكيم هنا التحكيم الإجباري الذى يكون بين الجهات الحكومية بعضها البعض أو بين القطاع العام وهيئات أو الحكومة ، أو التحكيم الإختياري الذى يتفق عليه بين الخصوم فسواء فى العقود التبادلية أو فى وثيقة منفصلة عن العقود . فإذا صدر حكم محكمين يكون إستثناءً يحق للبنك فى هذه الحالة أن يكشف عن سرية حسابات عميله أو يعطي أي بيانات عنها .

ثانياً : بالنسبة للحسابات والودائع المرقمة :.

نصت الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القرار بقانون ٢٠٥/ ١٩٩٠ على أن :

« وفى جميع الأحوال لا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحساب أو الوديعة المرقمة إلا بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض فى ذلك أو بناء على حكم قضائي واجب النفاذ أو حكم محكمين نهائي ويسري هذا الحظر المنصوص عليه فى الفقرة الأخيرة من المادة السابقة على هذه الحسابات والودائع » .

وقد تلاحظ أن المشرع قد فرق فى هذا الخصوص بين الحسابات المرقمة والحسابات الإسمية حيث تطلب فى الحسابات المرقمة أن يكون الحكم الملزم بإفشاء السرية واجب النفاذ ولم يتطلب ذلك فى الحسابات الإسمية .

وعليه فإذا كان الحساب طرف البنك أو الوديعة حساباً مرقماً أو وديعة مرقمة [1] فاشترط القانون حتى يكشف البنك عن سرية حساب العميل أن يكون هناك حكم قضائي واجب النفاذ ومعلوم أن الحكم يكون واجب النفاذ إذا كان صادراً من محكمة أول درجة مشمولاً بالنفاذ المعجل سواء القضائي أو القانوني . أو أن يكون الحكم صادراً من محكمة ثاني درجة وبذلك يكون الحكم نهائي وواجب النفاذ بنص القانون .

فضلاً عن ذلك فإذا كان الإفشاء بناء على حكم محكمين فقد إشترط المشرع أن يكون حكم المحكمين نهائي ولم يتطلب ذلك فى الحسابات والودائع الأسمية وفى رأينا أن هذه الصياغة غير موفقة حيث أن أحكام المحكمين تكون عادة على درجة واحدة وغير قابلة

(١) راجع فى ذلك المبحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث .

للطعن وهى بذلك تكون نهائية وبذلك كان يجب على المشرع ألا ينص على أن يكون الإفشاء بناء على حكم محكمين نهائي بل كان يجب أن يقتصر على أن يكون الإفشاء بناء على حكم محكمين .

ونحن نرى أن المشرع كان غير موفق فى التفرقة التى توفر الحماية الأكبر للحسابات المرقمة عن الحسابات الإسمية . وفى نظرنا أن هذه التفرقة لا محل لها إذ أن البنك ملتزم فى النوعين من الحسابات بالسرية والمحافظة على سرية حسابات عملائه كل ما فى الأمر أن الغرض من فتح الحسابات المرقمة هو مجرد تقليل إحتمالات إفشاء السرية وقصر معرفة صاحب الحساب على أشخاص معينة لنفس الغرض .

ولذلك كان يجب على المشرع المساواة بين النوعين من الحسابات بإشتراطه أن يكون الحكم الموجب لكشف السرية وإفشاء سرية العميل سواء كان العميل صاحب وديعة أو حساب مرقم أو صاحب حساب معروف إسم صاحبه أو وديعة أن يكون بناء على حكم واجب النفاذ .

كما أن المشرع قد سلك نفس التفرقة فيما يتعلق بأحكام المحكمين فاشترط أن يكون حكم المحكمين نهائي فى الحسابات المرقمة ولم يشترط ذلك فى الحسابات أو الودائع الإسمية . وإن كانت تفرقه لا محل لها . وحيث سبق أن قلنا أن المشرع لم يكن موفق فى الصياغة نظراً لأن أحكام المحكمين دائماً نهائية حيث أنها تنظر على درجة واحدة غير قابلة للطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن .

وننتهي إلى أن المشرع قد قرر إستثناءً من قاعدة إلتزام البنك بالمحافظة على سرية حسابات العملاء هو صدور حكم قضائي أو حكم محكمين يصرح بالإطلاع على حسابات العملاء أو إعطاء بيانات عنها إذا كان الحساب أو الوديعة شخصية .

أما إذا كان الحساب مرقم أو الوديعة كذلك إشترط المشرع أن يكون الحكم القاضي المصرح بالإطلاع واجب النفاذ أو حكم محكمين نهائي حتى يحق للبنك أن يفشي سرية حساب عميله أو يعطي بيان عنها .

المبحث الخامس
الإفشاء بناء على أمر صادر من محكمة إستئناف القاهرة

وضح القانون فى مادته الثالثة ما يجب إتباعه لإستصدار أمر من محكمة إستئناف القاهرة يلزم البنك بكشف الحقيقة فى جناية أو جنحة قامت الدلائل على وقوعها أو التقرير بما فى الذمة بمناسبة حجز موقع تحت يد أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون .

وعلى ذلك سوف نوضح فى بندين الأول إجراءات التقدم لإستصدار الأمر من محكمة إستئناف القاهرة ونوضح فى البند الثاني أحوال إستصدار الأمر .

(أ) إجراءات التقدم لإستصدار أمر من محكمة إستئناف القاهرة :

نصت المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ على أن : -

للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين الأول على الأقل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب جهة رسمية أو أحد ذوى الشأن أن يطلب من محكمة إستئناف القاهرة الأمر بالإطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها فى المادتين السابقتين أو المعاملات المتعلقة بها وذلك فى أي حالة من الحالتين الآتيتين :

(أ) إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة فى جناية أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعها .

(ب) التقرير بما فى الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون .

وتفصل المحكمة منعقدة فى غرفة المشورة فى الطلب خلال الثلاثة أيام التالية لتقديمه بعد سماع أقوال النيابة العامة .

وعلى النائب العام أو من يفوضه فى ذلك من المحامين العامين الأول على الأقل إخطار البنك وذوى الشأن بحسب الأحوال بالأمر الذي تصدره المحكمة فى هذا الشأن خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره .

ولا يبدأ سريان الميعاد المحدد للتقرير بما فى الذمة إلا من تاريخ إخطار البنك بالأمر المذكور .

وعلى ذلك فإن الفقرة الأولى من المادة الثالثة قد بينت إجراءات إستصدار الأمر بإفشاء السرية من محكمة إستئناف القاهرة . فتطلبت أن يقدم الطلب من النائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين الأول من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أي جهة رسمية أو بناء على طلب ذوى الشأن من الأشخاص سواء الطبيعيين أو الإعتباريين وتفصل المحكمة فى الطلب منعقدة فى غرفة المشورة خلال ثلاثة أيام من تقديمه وعلى المحكمة قبل إصدار الطلب أن تسمع أقوال النيابة العامة . ثم يقوم النائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين الأول بإخطار البنك وذوى الشأن بحسب الأحوال بأمر المحكمة وقد تطلب المشرع أن يتم الإخطار فى خلال الأيام الثلاثة التالية لصدور الأمر .

ولما كان المشرع قد حدد فى قانون المرافعات وفى قانون الحجز الإداري خمسة عشر يوماً من تاريخ الحجز ليقوم المحجوز تحت يده بالتقرير بما فى الذمة للجهة الحاجزة . إلا أن المشرع فى نص المادة الثالثة قد فتح الميعاد بالنسبة للبنوك التى يتم توقيع الحجز تحت يدها وقرر أنه لا يبدأ سريان ميعاد التقرير بما فى الذمة إلا من تاريخ إخطار البنك المحجوز تحت يده بالأمر الصادر من محكمة إستئناف القاهرة بإفشاء السرية أو إعطاء بيانات عن الحساب .

(ب) حالات إستصدار الأمر بإفشاء السرية من محكمة إستئناف القاهرة :-

حددت المادة الثالثة حالتين لإفشاء السرية للحسابات أو الودائع سواء كانت حسابات إسمية أو مرقمة وهاتين الحالتين هما : -

الحالة الأولى : إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة فى جناية أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعها

حيث أنه قد إتجهت نية المشرع فى هذه الحالة إذا كان هناك جناية أو جنحة قامت دلائل جدية على وقوعها وتنظرها المحكمة وتقديم البنك للبيانات أو المعلومات أو إطلاع المحكمة على الحسابات أو الودائع يثبت أو يكون وسيلة لإثبات وقوع هذه الجناية أو الجنحة يحق فى هذه الحالة للنائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين أو بناء على طلب ذوى الشأن أن يتقدم بطلب لمحكمة إستئناف القاهرة لإستصدار أمر للبنك الموجود لديه الحساب أو الوديعة بإفشاء السرية لإثبات وقوع هذه الجناية أو الجنحة .

وبذلك لم تتجه نية المشرع إلى أن يكون الإدلاء بالبيانات والمعلومات وسيلة لكشف جناية أو جنحة لم تقدم للمحكمة بعد . . وذلك حيث جاء النص واضح فى أنه إذا إقتضى الأمر كشف الحقيقة فى جناية أو جنحة قامت الدلائل على وقوعها .

الحالة الثانية : التقرير بما فى الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون :

إذا توقع حجز تحت يد إحدى البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون ثم تقدم النائب العام أو من يفوضه

من المحامين العامين أو أحد ذوى الشأن بطلب لمحكمة إستئناف القاهرة للإذن للبنك المحجوز تحت يده بالتقرير بما فى الذمة للجهة أو للشخص الحاجز .

هذا وعلى النائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين الأول على الأقل إخطار البنك وذوى الشأن بحسب الأحوال بالأمر الصادر من المحكمة فى خلال الثلاثة أيام .

وفى هذه الحالة يقع على البنك إلتزام بالتقرير بما فى الذمة وذلك فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالأمر الصادر من محكمة إستئناف القاهرة بإفشاء السرية أو إعطاء أي بيانات عن الحساب المحجوز عليه .

ومن الجدير بالذكر أن نذكر أن المشرع لم يخضع كل المنشآت المالية والبنوك جميعها لهذا القيد بل جعل البنوك التى تخضع لأحكام هذا القانون فقط .

وقد نصت المادة ٢ من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ على أن : -

«على كل منشأة خاضعة لأحكام هذا القانون المرافق والتى تزاول نشاطها وقت صدوره أن تقدم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بأحكامه طلباً بتسجيلها فى السجل المعد لهذا الغرض بالبنك المركزي وفقاً للشروط والأوضاع المنصوص عليها فى المواد ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢» .

وقد تتطلب المواد ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ من القانون سالف الذكر أن يتقدم كل بنك بطلب للبنك المركزي بالتسجيل فى السجل المعد لذلك وأن يأخذ البنك أحد الأشكال المنصوص عليها فى القانون وأن يعتمد البنك المركزي المصري النظام الأساسي لهذا البنك .

ومن الجدير بالذكر أن ننتقد مسلك المشرع فى نص المادة الثالثة من هذا القانون بأن خص محكمة إستئناف القاهرة دون غيرها بإصدار الأمر بالإطلاع على الحسابات أو الحصول على بيان متعلق بها . فإن ذلك فى رأينا محل نظر حيث أن إختصاص هذه المحكمة دون غيرها يشكل عبء عليها وعلى المتقاضين وأصحاب المصالح ويجعل مركزية فى التقاضي لا مبرر لها فضلاً عن الصعوبات العملية حيث حدد ثلاثة أيام لإصدار الأمر فضلاً عن أنه تطلب أن يتم الإخطار بالأمر خلال ثلاثة أيام من صدوره وهذه المدة قصيرة ولا تكفي لإبلاغ الأمر فى الأماكن البعيدة عن مقر المحكمة . ولذلك كان الأفضل للمشرع أن يجعل الإختصاص لمحكمة الإستئناف التى يقع فى دائرتها مقر البنك المحجوز تحت يده أو التى يقع فيها موطن ذوى الشأن أو الجهة الطالبة وذلك لسرعة إبلاغ الأمر وتحقيق الهدف منه [1] .

وعلى ما تقدم يكون هناك حالتين يحق للبنك أن يكشف السرية عن حسابات أو ودائع العميل أياً كان نوعها إذا أخطر بأمر قضائي صادر من محكمة إستئناف القاهرة يخول له الكشف عن الحسابات أو ودائع العميل أياً كان نوع الحساب مرقم أو إسمي وذلك على النحو الموضح سلفاً .

المبحث السادس

الإفشاء بناء على أمر صادر من النائب العام مباشرة أو من يفوضه من المحامين العامين

أضاف القانون ٩٧ لسنة ١٩٩٢ بشأن مكافحة الإرهاب [2] فقرة أخيرة لنص المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ ونصها كالتالى : -

(١) راجع فى ذلك القانون التجارى - عمليات البنوك للأستاذين أ.د/ أبو زيد رضوان ، د/ رضا السيد عبد الحميد .

(٢) هذه الفقرة مضافة بالقانون رقم ١٩٩٢/٩٧ ومنشور فى الجريدة الرسمية فى ١٩٩٢/٧/١٨ العدد «٢٩» مكرر وقد صححت الفقرة المضافة بالاستدراك المنشور فى الجريدة الرسمية العدد «٣٦» فى ١٩٩٢/٩/٣ .

« يكون للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين أن يأمر مباشرة بالإطلاع أو الحصول على أي بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها فى المادتين الأولى والثانية من القانون المشار إليه والمعاملات المتعلقة بها إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة فى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات » .

قد أعطى هذا النص بعد التعديل للنائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين ودون اللجوء إلى محكمة إستئناف القاهرة أن يأمر مباشرة البنك المودع لديه الحساب بالإطلاع على الحسابات أو الحصول على أي بيانات تتعلق بالحساب أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن والمنصوص عليها فى المادتين الأولى والثانية إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة فى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات .

والجدير بالذكر أن القانون رقم ١٩٩٢/٩٧ قد أضاف إلى قانون العقوبات - مجموعة من الجرائم المتعلقة بالإرهاب وذلك بموجب المواد ٨٦ ، ٨٦ مكرر ، ٨٦ مكرر «أ» ، ٨٦ مكرر «ب» ، ٨٦ مكرر «جـ» ، ٨٦ مكرر «د» ، ٨٨ ، ٨٨ مكرراً أ ، ب ، ج ، د ، هـ » .

والواضح هنا أن المشرع قد توسع هنا فى التفويض الذي يصدر عن النائب العام فبالإضافة إلى الإختصاص الأصيل المخول للنائب العام أجاز له المشرع أن يفوض غيره من المحامين العامين ولم يعد الإختصاص مقصور على المحامين العامين الأول فقط بل شمل المحامين العامين أيضاً .

وقد قصر المشرع هذا الإختصاص للنائب العام أو مْن يفوضه من المحامين العامين لكشف الحقيقة فى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٨٦ حتى ٨٩ من قانون العقوبات وهى الجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل وذلك بعد تعديلها بالقانون ٩٧ لسنة ١٩٩٢ بإضافة جرائم جديدة إلى قانون العقوبات .

المبحث السابع

الإفشاء فى حالة وجود نزاع بين البنك والعميل

نصت المادة السادسة من القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ على مايأتي : -

« لا تُخِلّ أحكام هذا القضاء بما يأتى : -

« ١ - . . . . . . ٢ - . . . . . ٣ - حق البنك فى الكشف عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حقه فى نزاع قضائي نشأ بينه وبين عميله بشأن هذه المعاملات » .

يهدف هذا الإستثناء إلى تمكين البنك من ممارسة حقه فى الدفاع عن حقوقه إذا ما نشأ لنزاع قضائي بينه وبين عميله بشأن هذه الحسابات إذ أنه فى هذه الحالة يخول للبنك أن يكشف عن هذه السرية فى نطاق هذا الحساب الذى يثار بشأنه النزاع دون التطرق إلى حساب عميل آخر أو حساب آخر لهذا العميل .

ولذلك فإن النص قد حدد قيدين على البنك يجب أن يلتزم بهما وهو يكشف السرية عن حسابات عميله بمناسبة نزاع قضائي بينهما وهما : -

الأول : يجب أن تتعلق البيانات بالمعاملات التى يثار بشأنها النزاع :

أي يجب أن تتعلق البيانات أو المعلومات التى يدلي بها البنك أو يكشفها للمحكمة أو للغير بالمعاملات التى يثور بشأنها النزاع القائم بين البنك وعميله وذلك دون تزود - أو إفراط فى الإدلاء بالمعلومات أو البيانات .

فإذا أدلى البنك بمعلومات أو بيانات عن الحسابات التى ليست مثار نزاع متخطياً ممارسته لحق الدفاع المخول له قانوناً يعد إفشاءً من جانب البنك يرتب المسئولية الجنائية والمدنية المنصوص عليها فى أحكام هذا القانون .

ولذلك يجب أن يقتصر البنك فى كشف سرية الحسابات بمناسبة نزاع قضائي على المعاملات التى يثور بشأنها النزاع فقط دون التطرق إلى غيرها وبالقدر اللازم لإثبات حقه حسب طبيعة الالتزام والنزاع .

الثاني : يجب أن يقتصر الإفشاء على العميل المثار معه النزاع فقط:

أما القيد الثاني على حق البنك فى إفشاء سرية الحسابات بمناسبة نزاع قضائى هو أن يقتصر إفشاء البنك لسرية الحسابات بمناسبة ممارسة حقه فى الدفاع على المعلومات المتعلقة بالعميل الذى نشأ النزاع معه فقط دون أن يتطرق البنك فى دفاعه إلى حسابات أو معاملات عملاء آخرين .

فإذا كشف عن حسابات أو معاملات عميل آخر فى نزاع ليس العميل الآخر طرفاً فيه فإنه يكون قد أفشى سرية الحسابات ويرتب مسئوليه طبقاً لأحكام هذا القانون . وعليه يكون حق البنك فى ممارسة حقه فى الدفاع وإفشاء سرية حسابات العميل بمناسبة نزاع قضائي بينه وبين العميل مقيده بقيدين كما سلف البيان الأول هو أن يجب أن تتعلق البيانات أو المعلومات التى يفشيها البنك بالحساب المثار بشأنه النزاع فقط دون التطرف إلى الحسابات أو المعاملات الأخرى .

وكذا يجب أن يكون إفشاء السرية عن ذات العميل دون التطرق إلى المعلومات أو البيانات عن عميل آخر وذلك لأن عدم مراعاة هذين القيدين فى ممارسة حق البنك فى الدفاع عن أمواله بمناسبة نزاع قضائي قد يوقعه تحت طائلة المسئولية المنصوص عليها فى أحكام هذا القانون .

وبهذه المناسبة قد تثار بعض الأسئلة ، منها هل إذا تقدم البنك بشكوى ضد أحد العملاء مبيناً فيها بيان حساباته وأرصدته إلى المدعى العام الإشتراكي . هل يكون البنك خالف إلتزامه بالمحافظة على سرية الحسابات ؟ .

ذهب البعض إلى أن جهاز المدعي العام الإشتراكي يعتبر من الأجهزة الإدارية ولذلك يتطلب الأمر قبل التقدم بهذه الشكوى أو البلاغ الحصول مقدماً على إذن أو تصريح من العميل قبل التقدم بالشكوى أو البلاغ على حق البنك فى إبلاغ الجهات الإدارية - بأرصدة المديونية .

إلا أننا نرى أنه قبل أن نرد على هذا السؤال يجب أن نتعرض لطبيعة الأعمال الصادرة عن المدعى العام الإشتراكى . وما إذا كانت الأعمال التى تصدر منه أعمالاً قضائية أو أعمالاً إدارية .

وقد نظم أعمال المدعي العام الإشتراكي نصوص القانون ١٩٧١/٣٤ وتعديلاته حتى القانون ١٩٨٠/٩٥ ومن أهم إختصاص المدعي العام الإشتراكي :-

١- له كافة سلطات التحقيق المقررة فى قانون الإجراءات الجنائية وذلك بمناسبة تحقيق أي دعاوي أو بلاغات قبل تقديم دعوى الحراسة إلى محكمة القيم .

٢- التحفظ على الأموال بالأمر من المنع من التصرف فى أموال الأشخاص أو إدارتها وإتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على هذه الأموال وإدارتها .

٣- التحفظ فى مكان أمين على الأشخاص الذين يأتون بأفعال مخلة بأمن الدولة والمصالح الاقتصادية الاشتراكية للمجتمع مع عرض الأمر بالتحفظ على محكمة الحراسة .

٤- إحالة دعوى طلب الحراسة إلى محكمة القيم ومباشرة الإدعاء أمام المحكمة .

٥- جرى العرف على أن يتولى المدعي العام الإشتراكي فحص نشاط بعض أجهزة الدولة أو القطاع العام بناء على تكليف من مجلس الشعب [١] .

٦- حق الجهاز في الاعتراض على أسماء المرشحين للنقابات أو المجالس الشعبية .

ولما كانت إختصاصات المدعي العام الإشتراكي بعضها يغلب عليه الطابع القضائي وبعضها يغلب عليه الطابع الإداري ولذلك تعرض القضاء لتحديد طبيعة أعمال المدعي العام الإشتراكي .

فقد ذهبت محكمة إستئناف القاهرة في حكم لها في ١٩٧٩/٤/٢٨ إلى أن جهاز المدعي العام الإشتراكي هيئة قضائية وليست سلطة إدارية تنفيذية ومن ثم فإن قراراته تعد قرارات قضائية . وإستندت المحكمة في ذلك إلى أن القانون المنظم للمدعي العام الإشتراكي يستفاد منه صراحة إضفاء الصفة القضائية على هذا الجهاز .

وقد ذهبت كذلك محكمة القضاء الإداري في تحديد طبيعة أعمال المدعي العام الشتراكي في حكمها الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٨٥ إلى أن إجراءات التحقيق التي يتخذها ويقوم بها المدعي العام الاشتراكي لا تعتبر من قبيل القرارات الإدارية وإنما هي إجراء قضائي يتولاه المدعي العام الإشتراكي في نطاق السلطة المخولة بموجب القانونين ٩٥ لسنة ١٩٨٠ ، ١٩٧١/٣٤ ونظراً للطبيعة القضائية لهذا الإجراء فإن الطعن في القرارات الصادرة منه يخرج عن نطاق ولاية هذه المحكمة ويقتضي الأمر الحكم بعدم الإختصاص بنظر الدعوى [٢] . وعلى ذلك فقد إنتهت محكمة القضاء الإداري إلى أن أعمال المدعي العام الإشتراكي أعمال قضائية .. ولقد عرض تحديد طبيعة أعمال المدعي العام الإشتراكي على المحكمة الإدارية العليا فقالت :

« من حيث أنه يبين من النصوص المتقدمة أنه إلى جانب الإختصاصات التى يباشرها المدعي العام الإشتراكي بوصفه سلطة تحقيق وإدعاء أمام محكمة القيم فإنه يمارس نوعاً آخر من الإختصاصات تدخل في نطاق الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية ويكون له بمقتضاها حق الإعتراض على أسماء المرشحين لعضوية المجالس الشعبية أو الرئاسية أو عضوية الجهات الأخرى المشار إليها في المادة ٣ من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ » [٣] .

وبذلك يتضح من هذه الأحكام أن أعمال المدعي العام الإشتراكي يمكن قياسها على الأعمال التى تقوم بها النيابة العامة بحيث تعتبر الأعمال التى تتصل بالدعوى أمام محكمة القيم أو محكمة القيم العليا أي تلك التى تتصل بإجراءات التحقيق والإتهام وما يتخذ من قرارات في هذا الشأن .. أعمال قضائية تخرج عن دائرة رقابة المشروعية التي يختص بها مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري ويخرج عن نطاق هذه الأعمال القضائية جميع الأعمال التى تصدر من المدعي العام الإشتراكي بإعتباره هيئة إدارية كإدارة أموال فرضت عليها الحراسة أو التحفظ أو الإعتراض على أحد المرشحين لعضوية المجلس أو الجمعيات أو لتولي وظيفة قيادية [٤] .

(١) راجع في ذلك مضبطه مجلس الشعب . الجلسة السابعة والعشرون في ١٩٧٥/١/٢٣ .
(٢) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٩/١٠٧١ق .
(٣) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمى ٤٧٦ ، ٣٠/٤٧٧ قضائية .
(٤) راجع في ذلك المسئولية عن أعمال السلطة القضائية للأستاذ الدكتور / رمزى الشاعر طبعة ١٩٩٠ ص ١٨٧ ، ١٨٨ .

وعلى ما تقدم يتضح أن أعمال التحقيق والإدعاء التى يقوم بها المدعي العام الاشتراكي اعتبرها القضاء أعمال قضائية وبذلك فإن تقدم البنك لهذه الجهة لتحقيق مديونية عميل للتحفظ عليها لمساس هذا العميل بالمصالح الاقتصادية يعتبر بالنسبة للبنك إثارة هذا النزاع أمام جهة قضائية وبالتالي لا يعتبر إفشاء لسرية حسابات العميل هذا فى رأينا الشخصى حسب ما تقدم من أدلة وأحكام قضائية معتبرة قرارات المدعي العام الشتراكي قرارات قضائية فى التحقيق والإدعاء والتحفظ .

المبحث الثامن

الإفشاء كطلب المستفيد فى الشيك

تنص المادة السادسة من القانون ٢٠٥/ ١٩٩٠ على أن :

« لا تُخِلّ أحكام هذا القانون بما يأتي : -

١- ....

٢- إلتزام البنك بإصدار شهادة بأسباب رفض صرف الشيك بناء على طلب صاحب الحق » .

من الإستثناءات التى نص عليها القانون سالف الذكر هو حق البنك فى إعطاء المستفيد فى الشيك بناء على طلب صاحب الحق وفقاً للقانون والأعراف المصرفية المعمول بها شهادة بأسباب عدم صرف الشيك .

ويجب أن تكون الشهادة الصادرة من البنك لصاحب الحق فى صرف الشيك مقتصرة على أسباب عدم صرف الشيك دون التطرق إلى بيانات عن الحساب أو عن صاحب الحساب أو معاملاته مع البنك . فلا يجوز أن يعطى البنك بيانات الحساب طالما أن الحساب لا يكفي لصرف الشيك أو أن يشير البنك للعميل حساب آخر أو ما شابه ذلك وعلى ذلك إذا طلب المستفيد فى الشيك شهادة بأسباب رفض الشيك فعلى البنك أن يعطيه هذه الشهادة دون أن يرفض متزرعاً بالتزامه بالسر المصرفي .

كما أنه إذا أعطى البنك للمستفيد فى الشيك شهادة بأسباب رفض الشيك لا يجوز للعميل أن يرجع على البنك بأنه كشف عن سرية الحسابات لأنه هو الذي أصدر الشيك على البنك ووجه حامل الشيك إلى هذا البنك بالذات لوجود حساب له طرفه والشيك هو أمر من الساحب إلى البنك المسحوب عليه بصرف مبلغ من المال إلى المستفيد فى الشيك والبنك ينفذ أمر عميله وعليه فإذا لم يكن الحساب يكفي لصرف قيمة الشيك على البنك أن تقتصر إفادته على هذا السبب دون التطرق إلى باقي حسابات ومعاملات العميل مع البنك .

المبحث التاسع

حق الجهاز المركزي للمحاسبات فى الإطلاع على الحسابات

بتاريخ ١٩٩٤/١/٣ أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأن أحكام القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ فى شأن سرية الحسابات بالبنوك لا تُخِلّ بإختصاص الجهاز المركزي بالمحاسبات بالرقابة المالية طبقاً للمادتين (٣) ، (٦) من قانون الجهاز الصادر بالقانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ على بنوك القطاع العام .. والتى يساهم فيها شخص عام أو شركة من شركات القطاع العام أو بنك من بنوك القطاع العام بما لا يقل عن ٢٥٪ من رأسمالها .

وقد أسست الجمعية العمومية فتواها على أساس القانون ٢٠٥/ ١٩٩٠ ذاته نص فى مادته السادسة فقرة (١) على أن لا تُخِلّ أحكام هذا القانون بما يأتي :-

١- الواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبي حسابات البنوك وبالإختصاصات المخولة قانوناً لكل من البنك المركزي المصري أو وزارة الإقتصاد والتجارة الخارجية .

فضلاً عن أن المادة (٦) من قانون الجهاز المركزي سالف البيان أجازت لرئيس الجهاز تعيين مراقبي حسابات من خارج النطاق الحكومي لبنوك القطاع العام وبعض شركاته ولم تفصح المادة السادسة صراحة أو ضمناً عن أن الجهاز بهذا التعيين يزيل عنه وصفه كمراقب للحسابات بموجب هذا القانون ولا بأنه بهذا التعيين يفقد صلاحيته حيث أن مراقبي الحسابات يستمد ولايته من الجهاز كصاحب إختصاص أصيل بالرقابة من غير حجب لهذا الإختصاص أو إخلال به وقد عقد لهذا الجهاز سلطة التعقيب على تلك التقارير بتقارير تعرض جنباً مع تقارير الجهات على الجمعيات العمومية للبنوك وأن القانون ٢٠٥ / ١٩٩٠ لم يغير منه شيئاً من الذي اضطرد عليه أحكام المادة (٦) من قانون الجهاز كما أستظهرت الجمعية العمومية أن المشرع أكد منه على الدور الرقابي للجهاز حيث أستهل نص المادة (٢٥) من القانون ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ عند تعديله بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ والذى أسند مراجعة حسابات البنوك لمراقبي حسابات يتم إختيارهم من السجل المعد لذلك حيث احتوت المادة على عبارة « مع عدم الإخلال بأحكام قانون الجهاز المركزي للمحاسبات » وذلك حتى لا تثور شبهة أنه لا ولاية للجهاز فى الرقابة على البنوك المذكورة طالما أسندت مراجعة حساباتهم لمراقبين من بين من يزاولون المهنة من خارج النطاق الحكومي . . وبالنظر إلى أن ثمة إستقلالاً واضحاً بين الدور المعقود لكل منهما فلا يجب إختصاص مراقبي الحسابات - إختصاص الجهاز .

ولذلك ارتأت الجمعية العمومية لمجلس الدولة بقسمي الفتوى والتشريع أنه ليس من شأن السرية التى فرضها القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ الإخلال بالواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبى حسابات البنوك وكان الجهاز يؤدي دوره الرقابي المعقود له بموجب قانونه بالنسبة لبنوك القطاع العام والبنوك التى تندرج فى عداد الشركات المحددة بنص المادة ٣/٣ من القانون ذاته بوصفه مراقباً للحسابات حتى ولو عين الجهاز لها مراقبين حسابات من خارج النطاق الحكومي

وبالتالي فليس من شأن السرية الحيلولة بين الجهاز وممارسة سلطته إذ يبقى للجهاز إحتفاظه بحقه فى الإطلاع على أوراق وبيانات ومستندات تلك البنوك التى تكفل له دوره مع إلتزامه بالسرية .

وانتهت الجمعية إلى أن هذه الرقابة المسندة للجهاز تحقق الإنضباط المالي لقطاع البنوك وتمثل ضمانه لحقوق أصحاب الحسابات والودائع والخزائن وليس فيها إخلال بالسرية التى يحظر على الجهاز بإعتباره مراقباً للحسابات الكشف عنها أو الخروج عن مقتضياتها [1].

مما تقدم يتضح أن من حق مراقبي حسابات الجهاز المركزي للمحاسبات الإطلاع على سجلات وحسابات البنوك طبقاً للقانون وفتوى مجلس الدولة . .

وفى حالة إخلال مندوبى الجهاز المركزى أو مراقبيه بسرية الحسابات أو إفشاء سرية حسابات أي عميل يحق له مقاضاته والرجوع على الشخص الذى أفشى السرية وعلى الجهاز نفسه بالتعويض طبقاً لما هو مستقر عليه من مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه .

ناهيك عن محاكمته جنائياً طبقاً لنص المادة السابعة من القانون ٢٠٥ / ١٩٩٠ وتوقيع عقوبة الحبس والغرامة فى حالة إفشائه للسرية ومخالفته لنص المواد الأولى والثانية والخامسة من هذا القانون .

---

(١) راجع فى ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة الصادرة بتاريخ ١٩٩٤/١/٣ برقم ٧٤/١/١٦ .

الفصل الثاني

الجزاءات المترتبة على إخلال البنك بالمحافظة على سرية حسابات عملائه

بعد أن عرضنا إلى محل إلتزام البنك لسرية الحسابات من حيث نطاق هذا الإلتزام سواء أثناء تشغيل الحساب أو بعد إقفاله وبينّا الأشخاص الملتزمين بالسر سواء كانوا من موظفي البنك أو من غير موظفي البنك والذين يحصلون على معلومات أو بيانات عن الحسابات بحسب طبيعة عملهم أو مهنتهم وبينّا الإستثناءات التى نص عليها القانون والتى تعطي الحق للبنك فى إفشاء السرية دون أن يترتب على ذلك إخلال بالمسئولية .

بقى أن نوضح الجزاءات التى ترتب على إخلال البنك بواجب أو إلتزام المحافظة على سرية حسابات عملائه بادئين ببيان الأساس القانوني لهذا الإلتزام ثم نوضح فى المبحث الثاني المسئولية المدنية عن تعويض الأضرار وفى المبحث الثالث المسئولية الجنائية والعقوبة الجنائية المترتبة على الإفشاء .

المبحث الأول

أساس المسئولية عن إفشاء الأسرار [1]

قدمت أفكار عديدة كأساس لمسئولية البنك عن إفشائه الأسرار ومن أبرزها : -

أولا : فكرة المسئولية العقدية :-

عن الإخلال بالتزامات البنك بإعتباره مودعاً لديه بإعتبار أن السر وديعة لديه ويجد هذا الرأي فى المادة ٣٧٨ عقوبات فرنسي (وفى المادة ٣١٠ عقوبات مصري) سنداً إذ أنهما تنصان على أن كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو التوابل أو غيرهم مودعاً لديه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصى أوتئمن عليه فأفشاه فى غير الأحوال التى يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيهاً ... الخ ».

فهذا النص يستخدم كلمة الوديعة للتعبير عن الأسرار التى يؤاخذ القانون على الإفضاء بها ولا شك فى أنه من التجاوز إعتبار السر وديعة ، وأن العقد بين البنك والعميل عقد وديعة لأنه لا يجوز أن يكون وديعة إلا المنقول المادي وهذه النصوص الجنائية تستخدم لفظ الوديعة فى معنى غير معناه القانوني وإذا قبلنا هذا التجاوز بالنسبة إلى الأمور التى يعهد بها العميل إلى البنك بإعتبارها سراً . فإنه لا يمكن إعتبار الأمور التى تصل إلى علم البنك مباغتة أو عرضاً عن غير طريق العميل نفسه من قبيل الوديعة ومن ناحية أخرى لا يلتزم من أودع لديه سراً وعلم به أن يرده علنا إلى صاحبه كما يفعل المودع لديه [2] ولذلك وجه النقد لهذه الفكرة .

ثانيا : فكرة المسئولية العقدية عن الإخلال بالتزام ضمني متعلق بالسرية :

لا يحدد القائلون بهذا الرأي أي نوع من العقود هو المقصود فسواء قيل أن العقد إيجار خدمات أو وكالة أو عقد غير مسمى فإنه أياً من هذه العقود لا ينعقد إلا تحت شرط صريح أو ضمني ألا يقضي الأمين إلى أحد بالسر الذى عهد به إليه [3] ويهدف هذا الرأي إلى القول بإمكان رفع صفة السرية بإرادة الأطراف فمادامت السرية قد أنشئت بإرادة الأطراف فإن الإلتزام بها يمكن أن يختفي بإعلان عن الإرادة مضاد للإرادة السابقة .

وقد هوجمت هذه الفكرة على أساس أن إفشاء الأسرار وإن كان يمس مصالح الأفراد إلا أنه ليس هذا هو السبب فى أن المشرع يجرم الإفشاء إذ أن المشرع

(١) راجع فى ذلك موسوعة أعمال البنوك - الجزء الأول - للأستاذ الدكتور محى الدين اسماعيل علم الدين ص ١٤٣ حتى ١٤٦ .

(٢) هنريون ص ٤١ ، جارسون جـ ٢ ، ص ٥١٦ .

(٣) جارسون جـ٢ ، ص ٥١٦ ، ٥١٧ ، شارمانتييه ص ٢٢٥ .

لم يجرمه إلا لأن المصلحة العامة تقتضي ذلك . فالتجريم هدفه صيانة المصلحة العامة أكثر منه صيانة المصلحة الخاصة وتدل دراسة الأحكام الحديثة للقضاء فى فرنسا على ميل متزايد نحو فكرة الجريمة الاجتماعية واستبعاد فكرة الجريمة الخاصة .

ثالثا : فكرة سر المهنة من النظام العام :.

يتجه القضاء الفرنسي إلى إعتبار سر المهنة متعلقاً بالنظام العام بالنسبة إلى مهنة الطب خاصة . . واتجه إليه التطور نحو إعتبار سر المهنة مطلقاً بالنسبة إلي الأطباء [١] ولكن شارمانتييه يلاحظ أن هذا يتعارض مع إمكان رفع قيد السرية للأسباب التى قررها القانون أو إستحدثها القضاء . . ولذلك يرى أن فكرة النظام العام فى نطاق سر المهنة فكرة نسبية وثانوية . . ويبني على هذا رأيه في الموضوع وهو أن أساس سر المهنة عقد غير مسمي يحميه نص جنائي متعلق بالنظام العام بصفة ثانوية .

ويرى جارسون أن عيب الآراء المتقدمة كلها هو أنها تريد أن تخضع لمبدأ واحد - أسرار مهن جد مختلفة وطبيعتها وخصائصها جد متباينة - فليست أسباباً واحدة هي التي تبرر سرية الإعتراف أو سر مهنة الطب أو سرية الدفاع أو سرية الأعمال القضائية أو سرية أعمال التوثيق أو سرية أعمال السماسرة أو سرية المراسلات أو الأسرار الدبلوماسية والسياسية والعسكرية فالمصلحة الإجتماعية موجودة كأساس لكل منها ولكن بينما تظهر المصلحة الخاصة واضحة فى بعضها ولا يمكن غض النظر عنها إذا بها تختفي فى البعض الآخر [٢] .

رابعاً : نظرية الخطأ عند تكوين العقد :

وقد حاول هنريون فى الحالات التى لا يوجد فيها عقد بين البنك والعميل أن يوجد أساساً جديداً تستند إليه مسئولية البنك . ففكر في نظرية الخطأ عند تكوين العقد . . فإذا كانت هناك مفاوضات بين البنك والعميل للتعاقد وقطعت ولم يتكون العقد فإنه قد يكون هناك محل لإعتبار البنك مخطئاً طبقاً لهذه النظرية ولكنه يرى مع ذلك أن الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد لا يتسنى إلا إذا أخذنا بفكرة وجود شرط ضمني يتعلق بالسرية .

وفكرة الخطأ عند تكوين العقد بعيدة عن أن تنطبق فى الحالة التى يشير إليها هنريون حتى مع إفتراض الشرط الضمني المتعلق بالسرية ذلك أن هذه النظرية على مالها من عيوب تخص الحالات التى يكون سبب البطلان فيها آتياً من جانب أحد المتعاقدين فتعتبره مسئولاً عن هذا البطلان وتجازيه على ذلك بأن يعوض الطرف الآخر عن المصلحة السلبية التى فوتها عليه بالتسبب فى إبطال العقد [٣] . وهذا غير متوفر فى حالة قطع المفاوضات . فالمفاوضات ليست عقداً بالإضافة إلى أن الحالات التى يكون فيها العقد بين البنك والعميل باطلاً لا تحتاج إلى الإلتجاء إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد لأن قواعد المسئولية التقصيرية تتسع لهذه الفروض وتخول المضرور حقاً أوفر فى التعويض عن كل الضرر الذى أصابه سواء فيه المصلحة الإيجابية أو المصلحة السلبية .

خامسا : فكرة المصلحة الإجتماعية او المصلحة العامة :

يرى الأستاذ الدكتور /محي الدين إسماعيل علم الدين أن فكرة المصلحة الإجتماعية أو المصلحة العامة تصلح أساساً قانونياً لسر المهنة من الناحية الجنائية . أما من الناحية المدنية فإن المسئولية عن الضرر تقوم على أساس العقد إذا كان ثمة عقد . . وعلى أساس

---

(١) شارما نتييه ص ٢٢٩ - ٢٣٠ .
(٢) جارسون جـ ٢ ص ٥١٧ .
(٣) انظر السنهورى ، الوسيط الجزء الأول ، ص ٥٥٥ - ٥٥٦ .

المسئولية التقصيرية إن لم يكن هناك عقد كما فى مشروع عقد لم يتم أو عقد أبطلَ ووصلت إلى البنك أسرار العميل بمناسبته فأفضى بها . . أو إذا كانت دعوى التعويض مقامه ضد موظف البنك الذى وقع الفعل منه . . إذ أن العميل لا يرتبط بعقد مع هذا الموظف وفى حالة مساءلة الموظف تقوم مسئولية البنك إلى جانب مسئولية الموظف على أساس مسئولية المتبوع عن فعل تابعه إذ أن من الواضح أن إفشاء الموظف للأسرار إنما كان بسبب وظيفته بمعنى أنه لولا كونه موظفاً بالبنك لما حصل على هذه الأسرار ولما إستطاع بالتالي إرتكاب الخطأ بالإفضاء بها .

الخلاصة :

أننا لا نشايع النظرية الأخيرة على إطلاقها بل أننا نجد أن أساس المسئولية المدنية فى التعويض عن عملية الإفضاء بأسرار العملاء تقوم على أساس العرف المصرفي وفى العقد المبرم بين البنك وعميله إذا وجد ونص على هذا الإلتزام صراحة أو إذا إعتبر أثر من آثار العقد المصرفي .

أما إذا لم يكن هناك عقد مصرفي بين البنك والعميل فإننا نجد أن أساس مسئولية البنك تكمن فى العرف المصرفى والمسئولية التقصيرية وقواعدها المنصوص عليها فى القانون المدني .

أما من حيث الأساس الجنائي لحماية أسرار العملاء فإننا نجد أن أساسها الجنائي يكمن فى المصلحة الإقتصادية والمصلحة العامة وذلك يتضح من مسلك المشرع المصري من حذوه حذو التشريعات المقارنة الأجنبية والعربية من سعيه إلى حماية أسرار العملاء والمحافظة عليها منتفياً المصلحة الاقتصادية والمصلحة العامة بجذبه رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية وتشجيع إستثمار وإدخار هذه الأموال لدى البنوك المعتمدة لدى البنك المركزي المصري . . والمصلحة العامة هى دائماً مستهدف المشرع الجنائي .. ونلتمس ذلك فى نصوص القانون ٢٠٥ / ١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات .

المبحث الثاني
المسئولية المدنية عن تعويض الأضرار نتيجة الإفشاء

بعد أن وضحنا فى المبحث السابق أن الأساس المدني فى التزام البنك بالتعويض عن الأضرار التى تلحق بالعميل نتيجة إخلال البنك بالإلتزام بالمحافظة على سرية حسابات عميله وإفشاء سرية حساباته تكمن فى العرف المصرفى والعقد المبرم بين البنك والعميل.

وفى العرف المصرفي وقواعد المسئولية التقصيرية فى حالة عدم وجود عقد بين البنك والعميل .

والمعروف أن عناصر المسئولية المدنية ثلاثة سواء كان المسئولية ناتجة عن إلتزام عقدي أو عن خطأ تقصيري .

ولما كان أساس الإلتزام هو العقد أو الخطأ التقصيرى ، ولذلك سوف نوضح أركان المسئولية المسئولية العقدية ثم أركان المسئولية التقصيرية كأساس لإلتزام البنك بالإخلال بالمحافظة على سرية حسابات العمل .

(أ) أركان المسئولية العقدية والجزاء المترتب على مخالفتها :-

اولاً: أركان المسئولية العقدية :-

(أ) الخطأ العقدي :

يمكن تعريفه بأنه الإخلال بإلتزام أو واجب فرضه العقد .

فإذا كان ثمة عقد صحيح بين البنك والعميل فإن البنك يلتزم إلتزاماً ضمنياً بموجب هذا العقد ألا يفشي أسرار هذا العميل ويحافظ عليها ويكون إفشائها من جانب البنك أو أي من تابعيه بمثابة خطأ عقدياً .

والخطأ العقدي قد يكون عمدياً بأن يتعمد أحد موظفي البنك أن يفشي سرية حسابات أو ودائع العميل للغير بقصد الإضرار به .

وقد يكون الخطأ العقدي غير عمدي كالإهمال بأن يطلب أحد الأشخاص بيان بحسابات أحد العملاء ويعطيه إليه موظفي البنك دون التحقق من شخصيته ثم يتضح أنه ليس العميل صاحب الحساب .. أو أن يطلب أحد الأشخاص رصيد حساب أحد العملاء بالتليفون ويوافيه أحد موظفي البنك برصيد الحساب دون أن يتأكد من أنه هو العميل صاحب الحساب ويترتب على ذلك ضرر للعميل صاحب الحساب ويقع عبء إثبات الخطأ العقدي على المدعي رافع دعوى المسئولية طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات .

(ب) الضرر :

وهو يعرف بأن يلحق العميل ضرراً نتيجة إخلال البنك بإلتزامه بالمحافظة على سرية حسابات وودائع عملائه كأن يترتب على إفشاء البنك لسرية حساب العميل أضراراً مادية أو أضرار أدبية أو ضرراً حالاً أو مستقبلاً .

فقد يكون الضرر مادياً إذا أفشى البنك سرية حسابات عميله وكان الغير سوف يقرض هذا العميل مالاً ويتعامل معه ولما علم ماأفشاه البنك إمتنع عن إقراضه أو رفض التعامل معه .. أو أن يترتب على إفشاء السرية أن يقوم الغير بتوقيع حجز على العميل أو يلحق بالعميل ضرراً أدبياً ، كأن يترتب على عملية الإفشاء التقليل من وضعه المالى وإصابة العميل فى شخصه وإعتباره بازدرائه فى محيطه الذى يعمل فيه أو يُحبط من منافسته لمنافسيه فى مجال تجارته .

ويستوى أن يكون الضرر الذى يلحق بالعميل حالاً أي بمجرد الإفشاء أو أن يكون الضرر مستقبلاً .

ويقع عبء إثبات الضرر طبقاً للقواعد العامة على مدى الضرر وهو الدائن الذى يرفع دعوى المسئولية .

(جـ) علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر :-

لا يكفي الخطأ العقدي والضرر .. بل يجب أن يكون خطأ البنك هو السبب المباشر للضرر الذى لحق بالعميل وهو ما يعبر عنه بعلاقة السببية ويقع عبء إثبات علاقة السببية بين خطأ البنك والضرر الذى لحق بالعميل على العميل مدعى إخلال البنك بالإلتزام بالمحافظة على السرية .

والواقع أن إثبات علاقة السببية من المسائل السهلة الإثبات وذلك بقرائن وبراهين الحال حيث تكون فى الغالب القرائن واضحة .

وعلى البنك أن ينفي علاقة السببية عن طريق السبب الأجنبي فقد يكون السبب الأجنبي قوة قاهرة أو حادث فجائياً أو خطأ العميل نفسه وقد يكون خطأ من الغير وقد يكون إفشاء البنك بسرية الحسابات أو الودائع طبقاً لإستثناء من الإستثناءات التى نص عليها القانون ٢٠٥ / ١٩٩٠ وتعديلاته ..

ثانياً : الجزاء على مخالفة الإلتزام العقدي :

تقضي القوة الملزمة للعقد بوجوب تنفيذ ما إلتزم به كل طرف من أطرافه والأصل أن يقوم كل طرف متعاقد بكل ما إلتزم به وما هو من مقتضيات العقد .

فإذا أخل أي من طرفين بإلتزام جاز للطرف الآخر أن يجبر الطرف الآخر على تنفيذ الالتزام عيناً فإذا كان تنفيذ الإلتزام عينياً مستحيل جاز التنفيذ بطريق التعويض طبقاً لنص المادة ٢١٥ مدني .

وبتطبيق ذلك على العقود المصرفية فى حالة إخلال البنك بالمحافظة على سرية حسابات العملاء فنجد أنه ليس من المتصور أنه بعد إفشاء البنك بالسرية إلى الغير وقد ترتب على ذلك ضرر للعميل أن يقوم البنك بتنفيذ إلتزامه عينياً ، بل أن المتصور هنا أنه إذا لحق العميل ضرر نتيجة عملية الإفشاء أن يرجع على البنك أو الموظف بالتعويض متضامنين أو يرجع على أي منهما وإذا رجع على البنك يمكن للبنك أن يرجع على الموظف المخطيء بالتعويض المدفوع للعميل .

(ب) أركان المسئوولية التقصيرية والجزاء المترتب عليها ومسئولية المتبوع عن التابع :

أولاً : أركان المسئولية التقصيرية :.

تنص المادة (١٦٣) من القانون المدني على أن :-

« كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض ... »

ويتبين من هذا النص أن أركان المسئولية التقصيرية

(أ) الخطأ (ب) الضرر (جـ) علاقة السببية

(أ) الخطـأ :

وتعريف الخطأ كما إستقر عليه الفقه والقضاء هو الإخلال بإلتزام أو واجب قانوني سابق .. والإخلال بالإلتزام القانوني الذي يعد الإخلال به خطأ يستوجب المسئولية التقصيرية هو فى الغالب إلتزام ببذل عناية وهو ضرورة أن يلتزم الشخص فى سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف عن هذا السلوك كان هذا الإنحراف مستوجب للمسئولية التقصيرية .

والمستقر قضاءاً أن إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل فى حدود سلطة قاضي الموضوع التقديرية مادام هذا الإستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى [١] .

ركنا الخطأ :-

الخطأ فى المسئولية التقصيرية يقوم على ركنين الركن الأول هو الركن المادي وهو التعدي أو الإنحراف عن السلوك المألوف والركن الثاني هو الركن المعنوي وهو الإدراك .

(١) الركن الأول : (والركن المادي - التعدي) :

هو إنحراف الشخص بسلوكه عن السلوك المألوف وقياس التعدي هو مقياس مجرد دون المقياس الشخصي بمعنى أن يقاس سلوك الشخص بعد تجريده من ظروفه الشخصية وهو الشخص العادى من جمهور الناس فهو موظف البنك العادى المجرد من ظروفه الشخصية والذي يمثل عامة الموظفين العاديين وليس خارق الذكاء أو خامل الهمة .

(٢) الركن الثاني : (الركن المعنوي - الإدراك) :

حتى يكون الشخص مسئولاً مسئولية تقصيرية عن أعماله يجب أن يكون مميزاً . فإذا كان عديم الإدراك لا يجوز مسائلته ويجب مسائلة المسئول عنه قانوناً .

وفى حالة النيابة تقع المسئولية على عاتق الأصيل ولا يكون النائب مسئول قبل الغير إلا إذا إرتكب خطأ تجاوز به حدود نيابته فإذا لم يرتكب مثل هذا الخطأ لم يكن مسئولاً حتى لو أصاب الغير بضرر من تنفيذ نيابته والأساس فى ذلك هو حلول إرادة النائب كأثر للنيابة محل إرادة الأصيل مع إنصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو [٢] .

---

(١) راجع فى ذلك الطعن بالنقض المدنى فى ١٩٨٩/١١/٢٩ فى الطعن رقم ٢٠٨٧ لسنة ٥٥ق .

(٢) نقض مدنى ١٩٨١/١٢/٢٧ الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٤٢ق .

وفى هذا المقام فإن موظف البنك فى الغالب الأعم كامل الإدراك ومسئول عن تصرفاته الشخصية لما له من مؤهلات علمية وشخصية تكون أساس فى إختياره عند التعيين . ولذلك فعنصر الإدراك والتمييز متوافر لدى الموظف القائم بالعمل المصرفي فإذا قام بعملية الإفشاء فإنه يكون مدرك لتصرفه وما يترتب عليه .

الإدراك فى الشخص المعنوي :-

لما كان بحثنا ينصب على المسئولية الناتجة عن إخلال البنك وموظفيه بالتزام المحافظة على سرية حسابات العملاء فكان لزاماً أن نتعرض لمدى إدراك الشخص المعنوي لأعماله ومسئوليته عنها ولذلك سوف نتعرض بإختصار شديد لهذه الجزئية .

المبدأ المستقر عليه فى القضاء والفقه فى مصر هو جواز مساءلة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شئونه (١) .

ولما كان الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي فى أنه لا يمكن أن ينسب له التمييز فإن كثيراً من الأحكام تجعل مسئولية الشخص المعنوي عن أعمال ممثليه هى مسئولية المتبوع عن التابع فتصل بذلك إلى تقرير المسئولية بالتضامن بين الشخص المعنوي وممثليه (٢) .

هذا وتتحقق مسئولية الشخص المعنوي العام (الدولة) فى مصر على النحو الذي تتحقق به مسئولية الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة وقواعد المسئولية التقصيرية واحدة للفريقين (٣) .

مما تقدم يتضح أن الخطأ المتصور هنا هو إنحراف سلوك موظف البنك عن سلوك الموظف العادي الملتزم بالسلوك المهني بقيامه بإفشاء سرية حسابات أو ودائع أو أمانة أو خزائن أحد العملاء وهو فى كامل إدراكه ودون أن يكون هناك سبب أجنبي كحريق أو تصادم لسيارته أدى إلى كشف سرية حسابات العميل فى هذه الحالة يتوافر الخطأ التقصيري فى جانب موظف البنك وفى كل الأحوال لا يكون هناك عقد بين البنك والعميل وذلك حتى تنهض المسئولية التقصيرية أما إذا كان هناك عقد كما سبق فإن الموظف أو البنك يكون قد أخل بإلتزام عقدي .

(ب) عنصر الضرر :-

هو العنصر الثاني للمسئولية التقصيرية وقد يكون الضرر مادياً وقد يكون أدبياً .

أولا : الضرر المادي :

هو أن يؤدي إخلال البنك بإلتزامه بالسرية وإفشاء سرية حسابات عميله إلى الإخلال بمصلحة مادية للعميل أي يجب أن تؤدي عملية الإفشاء إلى إلحاق أضرار مادية محققة للعميل .. كأن يفشي البنك بيان فى الصحف عن أرصدة عميل أو يبلغه للغير ويترتب على ذلك إحجام البنوك الأخرى عن إقراض هذا العميل إستناداً إلى هذا النشر أو أن يطلع منافسيه على أرصدته طرف البنك يؤدي ذلك إلى معرفة أحواله المالية أو أن تؤدى عملية الإفشاء إلى قيام الغير بالحجز على أرصدة العميل والعبرة بالضرر المحقق وقت الحكم بالتعويض فلا عبرة بالضرر المستقبل أو المحتمل .

ثانياً : الضرر الأدبي :-

والضرر الأدبي هو ما يصيب الشخص فى شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه . وقد أصبح الإجماع منعقد في الفقه والقضاء على مساواة الضرر الأدبي

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٤/٦/٢٥ مجموعة المكتب الفنى ١٥ ص ٨٦٨ .

(٢) انظر فى ذلك المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية د/ ابراهيم على صالح رسالة ١٩٨٠ ، نقلاً من الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للأستاذ / عبد المنعم حسنى المحامى ص ٨٣ ، ٨٤ .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٩٠/٥/٦ الطعن رقم ٢٧٥٣ لسنة ٥٨ق .

بالضرر المادي من حيث مبدأ إيجاب التعويض ومدى التعويض عنه وقد نصت على ذلك المادة ٢٢٢ مدني من أن يشمل التعويض الضرر الأدبي .

والضرر الأدبي قد يكون لعميل البنك الذي لحقه ضرراً أدبياً أثر على إعتباره أو شعوره أو عاطفته أو كرامته نتيجة عملية الإفشاء إذا كان على قيد الحياة أو لزوجه أو أقاربه للدرجة الثانية طبقاً للقانون ما لم يكن هناك إتفاق أو نص على خلاف ذلك .

إثبات الضرر :

قاعدة البينة على من إدعى تجد مجال تطبيقها هنا أيضاً إذا أن على من يدعي أنه لحقه ضرراً أن يثبت هذا الضرر فإذا أدعى العميل الذى أفشى سرية حساباته أنه لحقه ضرر عليه أن يقوم بإثبات هذا الضرر .

ولما كان واقعة الضرر واقعة مادية ولذلك يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك الكتابة أو البينة أو القرائن .

ويعتبر التثبت من وقوع الضرر مسألة موضوعية لقاضي الموضوع لا رقابة عليه فيها لمحكمة النقض [١].

وفي النهاية لا يكفي الدليل على وقوع ضرر بل لابد من إثبات مدى الضرر وعناصره .

(جـ) علاقة السببية بين الخطأ والضرر :-

تعد رابطة السببية شرط أساسي لقيام المسئولية إذ فى الغالب ما يصعب تقدير هذه الرابطة بسبب تعدد ظروف الواقعة وتداخلها ولذلك لا يكفي الخطأ وينتج عنه ضرر بل لابد أن يكون الخطأ هو السبب المباشر والمؤدي إلى وقوع الضرر فتحقق بذلك المسئولية كاملة .

فيجب أن يكون خطأ الموظف أو البنك بإفشاء سرية حسابات أحد العملاء هو الذى أذى إلى إلحاق الأضرار المادية أو الأدبية بهذا العميل أي أن يكون هذا الخطأ هو السبب المنتج المؤدي إلى وقوع الضرر لعميل البنك صاحب الحساب .

نخلص من ذلك إلى أن الأضرار المباشرة هي التي تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ . . أما الأضرار الغير مباشرة فتنقطع علاقة السببية بين الخطأ أو الضرر .

إثبات علاقة السببية :

إستقرت آراء الفقهاء وأحكام النقض على أن رافع دعوى المسئولية هو الملتزم أن يثبت أركان المسئولية جميعاً بما فيها رابطة السببية [٢] وعلى المسئول (البنك) أن ينفي رابطة السببية بالسبب الأجنبي وهو إذن .

١- القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء .

٢- خطأ المضرور .

٣- خطأ الغير . ونعرض لهذه الأسباب بإختصار .

١- القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء :-

وهو أن يحدث قوة قاهرة أو حادث فجائي يستحيل توقعه أدى إلى أن البنك قد كشف أو أفشى أو أفضى سرية حسابات أحد العملاء كحريق أو زلزال وتهدم مبنى البنك وظهور سجلات البنك للغير أدى إلى معرفة أسرار عملائه فإذا أثبت البنك أن الإفشاء كان نتيجة لقوة قاهرة أو حادث فجائي إستحال على البنك توقعة تنقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق العميل .

---

(١) راجع فى ذلك نقض ١٩٨٨/١/١٠ الطعن رقم ١٧١٢ لسنة ٥١ ق .

(٢) نقض مدنى ١٩٥٨/٥/١٥ .

٢- خطأ المضرور :-

إذا أثبت البنك أن خطأ العميل كان السبب فى كشف السرية كأن أرسل العميل مندوباً له لإستلام كشف حساب وسلم البنك للمندوب كشف حساب فى مظروف مغلق وفتحه المندوب وعلم بمحتواه فلا يجوز للعميل أن يحتج على البنك بكشف السرية أو أن يأذن العميل أو أحد ورثته للبنك بكشف السريه لأي جهة وسلمته هذه الجهة لأحد الأشخاص كل هذه الأفعال التى يمكن نسبتها إلى العميل تنفي مسئولية البنك .

وقد قضت محكمة النقض بأن خطأ المجني عليه يقطع رابطة السببية متى إستغرق خطأ الجاني وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة [١] .

٣- خطأ الغير :.

إذا أثبت البنك أن الضرر الذي لحق العميل راجع إلى خطأ شخص أجنبي عن البنك أفشى السرية وليس لسبب من جهته يكون البنك بذاته قد أثبت السبب الأجنبي الذي ينفي رابطة السببية .

ثانياً: آثار المسئولية التقصيرية :

إذا تحققت أركان المسئولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ترتب على ذلك وجوب مسئولية البنك عن تعويض العميل بالتعويض الجابر للضرر لخاطره ويكون ذلك عن طريق دعوى المسئولية التى يقيمها العميل على البنك أو على البنك والموظف المفشي بالتضامن على أساس مسؤولية التابع والمتبوع وسوف نتعرض لذلك فيما بعد .

والأصل فى التعويض أن يكون عينياً . . وإزاء تعذر التنفيذ العيني فى المسئولية التقصيرية فإنه يكون فى الغالب وفى مجال مسئولية البنك عن عملية الإفشاء لا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض النقدي كأن يحكم على البنك بأن يؤدي للعميل مبلغ من النقود .

والتعويض مقياسه الضرر المباشر والضرر المباشر هو ما لحق العميل من ضرر وما فاته من كسب .

ولا يفوتنا في النهاية أن نوضح أن دعوى المسئولية تسقط بالتقادم طبقاً لنص المادة ١٧٢ مدني ونصها كالتالي :

١- تسقط بالتقادم بإنقضاء ثلاثة سنوات من اليوم الذى علم المضرور بحدوث ضرر وبالشخص المسؤول عنه وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بإنقضاء خمسة عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . .

٢- وعلى أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد إنقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية .

ونوجه النظر إلى أن عملية الإفشاء بسرية الحسابات أصبحت مجرمة طبقاً لنص المادة السابعة من القانون ٢٠٥/١٩٩٠ .. وعليه إذا أقيمت دعوى جنائية نتيجة فعل الإفشاء فإن مواعيد السقوط لدعوى المسئولية لا تبدأ إلا بعد سقوط الدعوى الجنائية طبقاً لنص المادة ١٧٢ من القانون المدني .

ثالثاً: مسئولية المتبوع عن خطأ التابع :-

تنص المادة (١٧٤) مدني على أن : -

١- يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٢- وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعة متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه .

---

(١) نقض جنائى فى ١٩٦٦/٤/٢٥ مجموعة المكتب الفنى ١٧ ص ٤٧٥ .

وتنص المادة (١٧٥) مدني أيضاً على أن : -

« للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » .

ولما كانت المادة السابعة من القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ قد جعلت العقوبة شخصية على الشخص الذى يخالف أحكام المواد الأولى والثانية والخامسة من هذا القانون .

ولكن فى نطاق دعوى المسئولية يثور التساؤل من المسئول عن تعويض العميل المضرور الذى تم إفشاء سرية حساباته للغير ؟ .

هنا نفرق بين فرضين أن يصدر الإفشاء من مجلس إدارة البنك .. وفى هذه الحالة على العميل المضرور أن يرجع على البنك وحده لأن سلطة مجلس الإدارة هى التى تعبر عن البنك ..

أما إذا كان فعل الإفشاء صدر من أحد موظفي البنك أثناء أو بسبب وظيفته ورتب ضرراً للغير وفى غير الأحوال الإستثنائية التى سبق بيانها يكون هذا الموظف ملتزماً بالتعويض ويلتزم البنك أيضاً بالتعويض على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه حيث الموظف لا يستطيع الحصول على المعلومات التى أفضى بها لولا وظيفته ويكون للعميل أن يرجع على الموظف أو البنك أو عليهما متضامنين .. وإن كان العميل المضرور يفضل فى كل الأحوال الرجوع على البنك نظراً لملاءته .

ويحق للبنك بعد ذلك الرجوع على موظفه المخطىء بالتعويض الذى دفعه للعميل والذي تسبب فيه هذا الموظف .. وتلك هي صورة من صور أحكام مسئولية الشخص عن الغير ولذلك سوف نتعرض هنا لأحكام مسئولية المتبوع عن التابع .

حيث تتحقق مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه إذا كانت هناك علاقة تبعية بين شخصين أحدهما تابع والآخر متبوع ، وفى هذا المقام البنك هو المتبوع وموظف البنك هو التابع وقد ارتكب هذا الموظف أو التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضرراً للغير (العميل) .

إذن تحقق مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه إذا توافر شرطين : -

اولهما : قيام علاقة تبعية :

نصت المادة (...) من القانون المدنى على أن تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى إختيار تابعه متى كانت عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه .

من هذا النص يتضح أن التبعية تقوم على أساسين أولهما السلطة أو السيطرة الفعلية من المتبوع على التابع والثانية وجود سلطة للمتبوع على التابع بموجبها يكون له حق رقابته وتوجيهه .. ولا يشترط أن تطول فترة الرقابة والتوجيه أو تقل ولا تأثير أيضاً لأن تكون الرابطة بينهما تعاقدية أو إدارية أو أدبية .

وقد استقرت أحكام النقض على ذلك منها قولها فمن حيث قيام علاقة التبعية على سلطة فعلية طالت مدتها أو قصرت نجد أنه ليس ضرورياً من جهة أن تكون تلك السلطة عقدية تقوم على الإختيار ، ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية فهي تقوم ولو لم يكن للمتبرع الحق فى هذه السلطة بأن يكون قد استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلاً ولكنه مادام يستعملها أو يستطيع إستعمالها بالفعل فهذا كاف فى قيام علاقة التبعية [1] .

---

(١) راجع فى ذلك النقض المدنى رقم ٧٧٥ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ والنقض الجنائى جلسة ١٩٥٠/١/١٦ مجموعة المكتب الفنى ١ ص ٢٥١

إذاً في نطاق هذا البحث فإن موظف البنك هو تابع للبنك بكل المقاييس حيث تربطه بالبنك علاقة عقدية طبقاً لما استقرت عليه أحكام النقض وبالتالي فالسلطة الفعلية للبنك على الموظف قائمة وكذلك سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه على الموظف قائمة .. وبذلك تكون علاقة التبعية قائمة بين الموظف والبنك .

ثانيهما : خطأ التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها :

لا يكفي تبعية التابع للمتبوع حتى تتحقق مسئولية المتبوع أو التابع فإذا حدث خطأ من التابع حال قيامه بأعمال وظيفته أو بسببها وتحققت مسئوليته من خطأ وضرر وعلاقة سببية وأن خطأ الموظف أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أو أن التابع لم يكن ليستطيع إرتكاب الخطأ لولا الوظيفة أي يجب أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ وقد إستقرت أحكام النقض على ذلك سواء إرتكب التابع الخطأ لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي وسواء كان الباعث الذي دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه [1] .

أساس مسئولية المتبوع عن أعمال التابع : [2]

قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت أن الموظف قد إرتكب الخطأ الموجب لمسئوليته حال تأدية عمله وإعتماداً على سلطة وظيفته ولم يقع خطأ شخصي من جانب الحكومة عند مقارفة الموظف لهذا الخطأ الذي أقيم عليه الحكم بالتعويض المدني .. فتكون مسئولية الحكومة بهذا الوصف هي مسئولية المتبوع عن تابعه فهي ليست مسئولية ذاتية عن خطأ شخصي وقع منها وإنما تقوم مسئوليتها على أساس الخطأ الحاصل من الغير وهو الموظف التابع لها وبذلك تكون متضامنة مع تابعها ومسئولة قبل المضرور عن أفعاله غير المشروعة وليست مسئولة معه بصفتها مدينة [3] .

وهكذا نرى أن مسئولية المتبوع عن التابع ليست ذاتية بل هي مسئولية عن الغير مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانوني فتعتبر كفالة مصدرها القانون وليس العقد [4] .

وهي بهذه المثابة تجعل المتبوع مسئولاً عن تابعه ولا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر فإلتزامه بتحقيق غاية لا إلتزام ببذل عناية - قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع (ودعوى الرجوع) .

ومما تقدم يتضح أن للمضرور الخيار إما أن يرجع على التابع أو على المتبوع أو أن يرجع عليهما متضامنين .

فإذا رجع المضرور على التابع طبقاً للقواعد العامة فلا تثار أية مشكلة ولكن قد يرجع المضرور على المتبوع وفي هذه الحالة يحق للمتبوع أن يرجع على التابع بدعوى الرجوع طبقاً لنص المادة (١٧٥) من القانون سالف الذكر .

ولا ينشأ حق المتبوع في الرجوع على التابع إلا من تاريخ الوفاء للمضرور وذلك إعمالاً لنص المادة ٣٨١ من القانون المدني .. ولكن هذا النص يشترط للرجوع ألا يكون التعويض قد سقط بالتقادم .

بتطبيق ذلك على دعوى المسئولية نتيجة الإفشاء نرى أنه يجوز للعميل المضرور أن يرجع على موظف البنك الذى أفضى بالسرية وأضر بالعميل أو أن يرجع على البنك وحده دون إختصام الموظف أو أن يرجع على الموظف والبنك متضامنين .

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٦/٣/٢٣ والنقض المدنى فى ١٩٨٧/١١/٢٦ الطعن رقم ٢٤٦٨ لسنة ٥٥ ق .

(٢) راجع فى ذلك الأستاذ / عبد المنعم حسنى المحامى فى الموجز للالتزامات ص ١٢٣ .

(٣) نقض مدنى ١٩٥٤/١٢/١٦ .

(٤) النقض رقم ٦٧٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٨٢/١/١٤ .

ويحق للبنك إذا دفع للعميل التعويض المحكوم به قضائياً أن يرجع على الموظف المتسبب والمرتكب للخطأ بالتعويض المدني المدفوع طبقاً لنص المادة (١٧٥) مدنى وذلك بدعوى الرجوع وذلك بعد وفاء البنك بهذا المبلغ ويشترط ألا يكون حق المضرور فى التعويض قد سقط بالتقادم وذلك نفاذاً لنص المادة ٣٨١ من القانون المدني .

وبذلك نرى أن أحكام دعوى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه تنطبق على هذه الحالة ويتعين إعمالها . ويمكن للموظف أن يدفع دعوى الرجوع عليه بنص المادة ١٦٧ من القانون المدني التى نصت على أن :

« لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيسه متى كانت طاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان إعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة » .

المبحث الثالث

المسئولية الجنائية والعقوبة المترتبة على عملية الإفشاء

المسئولية الجنائية قبل صدور القرار بقانون ٢٠٥/١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات :

يطيب لنا أن نتعرض لسؤال قبل دراسة المسئولية الجنائية عن عملية الإفشاء ألا وهو هل كان يوجد تجريم لإفشاء سرية حسابات العملاء قبل صدور القرار بقانون رقم ٢٠٥/١٩٩٠ سوف نتعرض لدور كلا من القضاء والفقه فى هذا المجال ولاسيما مع عدم وجود نص صريح يجرم عملية الإفشاء بسرية حسابات العملاء .

عن دور القضاء :-

نص المادة ٣١٠ عقوبات تشبه نص المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات الفرنسى والتى تنص على أن : -

« كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أؤتمن عليه فأفشاه فى غير الأحوال التى يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيهاً » .

فمع عدم النص صراحة على تجريم الإفشاء بسرية حسابات العملاء لدى البنوك أدى إلى إختلاف وجهات النظر وإن كانت محكمة النقض قد صارت على وتيرة واحدة فنصت فى حكمها الصادر فى ٢ يوليو سنة ١٩٥٣ على أن : -

« الشارع عندما وضع المادة ٣١٠ عقوبات لم يعمم حكمها بل خص بالنص طائفة الأطباء والجراحين والصيادلة والقوابل وغيرهم .. وعين الأحوال التى حرم عليهم فيها إفشاء الأسرار التى يضطر صاحبها أن يأتمنهم عليها بإعتبار أن طبيعة عملهم تقتضي هذا الإطلاع وهم فى سبيل قيامهم بخدماتهم للجمهور فإنه لا يصح التوسع فى هذا الإستثناء بتعديل حكمه إلى من عدا المذكورين فى النص كالخدم والكتبة والمحضرين والمستخدمين الخصوصيين وغيرهم فهؤلاء لا يضطر مخدوموهم إلى إطلاعهم على مايرتكبونه من أعمال مخالفة للقانون [1] » .

أي أن مسلك القضاء كان واضحاً بعدم تجريم عملية الإفشاء قياساً على السرار التى يؤتمن عليها أصحاب المهن الأخرى كالأطباء والصيادلة .. حيث أن طبيعة قانون العقوبات تقتصر على الحالات التى ينص عليها القانون دون القياس عليها حيث أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ..

(١) راجع مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسة وعشرون عاماً جـ١ ص ٢٧٩ .

ولما كان نص المادة ٣١٠ عقوبات لم يتضمن النص على تجريم إفشاء سرية حسابات العملاء فقد استقرت أحكام القضاء الجنائي على عدم تجريم الإفشاء بسرية حسابات العميل .

اما عن دور الفقه :

فقد ذهب الأستاذ / الدكتور / محمود محمود مصطفى إلى أن رجال البنوك ملزمون بسر المهنة إلتزاماً يترتب على الإخلال به خضوعهم للجزاء الجنائي المقرر فى المادة ٣١٠ عقوبات مصري [١] .

وأما الأستاذ الدكتور / محي الدين إسماعيل علم الدين فيرى سيادته أن كل ما يوجد للعميل لدى البنك هو فى الحقيقة من الأسرار التى يحرص هذا العميل سواء كان تاجراً أو غير تاجر على ألا يشيع بين الناس أمرها . فمقدار الرصيد الموجود فى حسابه والأشخاص الذين يعطيهم شيكات على هذا الحساب وما قد يكون له فى محفظة الأوراق المالية أو فى الخزانة الحديدية كل أولئك أسرار تعني العميل ولا تعني غيره فلا ينبغي أن يفشها البنك إلى الغير .. وهذه الأشياء لا يؤتمن العميل غير البنك عليها فإذا كان لدى شخص قدر كبير من المجوهرات والمعادن الثمينة فإن الطريق الطبيعي الذي يفكر فيه هو أن يودعها فى خزانة حديدية لدى البنك لكي يصونها .. فكيف يمكن أن يقال مع ذلك أن البنك ليس أميناً بالضرورة وليس معداً لإستقبال أسرار العملاء .. وأن السر لا ينحصر فى الأمور التى يفضى بها العميل بلسانه بل يمتد إلى كل ما يودعه أو يسحبه أو يجريه من التعامل لدى البنك ومن هنا كان توفير الثقة فى هذه المهنة التى يستظل بها الناس من مخاطر الضياع والسرقة والمنافسة وغير ذلك يعتبر من الأمور التى ينشدها الجمهور فى تعامله مع من يحترفونها [٢] .

وإزاء إجتهادات الفقه وإنتهاء الرأي الغالب فيها إلى أن كل ما يوجد للعميل لدى البنك هو فى الحقيقة من الأسرار التى يحرص العميل ألا يطلع غيره عليها وبالتالي فإن رجال البنوك ملتزمون بالحفاظ على سر هذه المهنة بما أدى بالمشرع إلى إصدار تشريع يجرم فيه عملية إفشاء أو إفضاء سر العميل للغير ولاسيما أنه يوجد تشريعات أجنبية وعربية سبقت المشرع المصري فى هذا المضمار [٣] مما حدا به أخيراً حفاظاً على المصلحة العامة والمصلحة الإقتصادية أن يصدر القرار بقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات بالبنوك .

ولذلك سوف نوضح جريمة إفشاء سرية الحسابات بالبنوك مبيناً أركانها والعقوبة المترتبة على عملية الإخلال .

جريمة إفشاء سرية المعاملات بالبنوك

يجدر بنا الإشارة بداية أن المشرع قد صنف هذه الجريمة جنحة حيث جعل عقوبتها الحبس المدة التى لا تقل عن سنة والغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيهاً ولا تزيد على عشرين ألف جنيه .

ونحن نرى أن المشرع قد تشدد فى هذه العقوبة بل وأراد أن يقلل من سلطة محكمة الموضوع فى أعمال التفريد العقابي فوضع حد أدنى للعقوبة وهو سنه على الأقل فلا يجوز لقاضي الموضوع أن ينزل بعقوبة الحبس أقل من سنة بل يجوز له رفع الحبس إلى ثلاثة سنوات طبقاً لنص المادة ١٨ عقوبات .. فضلا عن وضعه حد أدنى لعقوبة الغرامة وهي عشرة آلاف جنيها وجعل المشرع الجمع بين عقوبة الحبس والغرامة واجبة

---

(١) راجع فى ذلك الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات - القسم الخاص الطبعة السادسة ١٩٦٤ فقرة ٣٧٧ .

(٢) راجع موسوعة البنوك للأستاذ الدكتور محى الدين اسماعيل علم الدين ص ١٢٦ طبعة ١٩٨٧ .

(٣) راجع من التشريع الأوربى نص المادة ٤٧ من القانون الفيدرالى الخاص بالبنوك وصناديق التوفير الصادر سنة ١٩٣٤ وكذا القانون البلجيكى والفرنسى ومن التشريعات العربية قانون سرية المصارف اللبنانى الصادر سنة ١٩٥٦ والمادة ٢٥٤ من القانون التونسى والمادة ٥٦٥ من قانون العقوبات السورى .

وهو تشدد من المشرع ليس له ما يبرره حيث كان يجب أن ينص على عقوبة الحبس والغرامة ويترك تقدير مقدارها لقاضي الموضوع حسب كل حالة .

أيا ما كان الأمر فإن جنحة إفشاء أسرار معاملات وحسابات العملاء أربعة أركان وهي : -

١- وجود حسابات أو ودائع أو أمانات ومعاملات مع أحد البنوك .

٢- ركن السرية .

٣- ركن الإفشاء .

٤- ركن القصد الجنائي .

ويجب توافر الأركان الأربعة مجتمعة للإدانة بجنحة إفشاء سرية حسابات بالبنوك وسوف نتعرض لكل ركن من هذه الأركان .

أولاً : ركن وجود حسابات أو ودائع أو أمانات أو خزائن لدى أحد البنوك :

يجب أن يكون لدى البنك للعميل مدعي إفشاء البنك للسرية حسابات سواء كانت حسابات دائنة أو مدينة أو خطاب ضمان أو إعتمادات مستندية أو نوع من الحسابات أو يوجد لدى البنك للعميل ودائع سواء كانت محددة المدة أو شهرية بالجنيه المصري أو بأي عملة أجنبية أو لدى البنك للعميل أي أمانة من الأمانات أو أن يكون البنك قد أجر لعميله خزنة حديدية أو أن يكون لدى البنك للعميل حساب أو وديعة بالعملة الأجنبية مرقمة .

أي يجب أن يوجد حساب أو ودائع أو خزائن حديدية أو أي معاملات للعميل مدعي إفشاء البنك للسرية طرف هذا البنك المدعي عليه .

ثانياً : ركن السرية :

هذا الركن هو أهم الأركان فى هذه الجريمة إذ أنه يعتبر الركن المادي إذ أن البنك يعتبر أميناً لحفظ أسرار العملاء . . ولا يلزم أن يكون العميل قد أفضى بالسر إلى البنك طالباً كتمانه إذ يعتبر سراً كل أمر يكون بطبيعته أو بحسب ظروفه المحيطة به سراً ولو لم يطلب كتمانه صراحة بل يكفي أن يصل السر إلى البنك بسببَ وأثناء مباشرة وظيفته ومهنته سواء بطريق الإستنباط أوبطريق الخبرة الفنية . . وقد بينت المواد الأولى والثانية والخامسة أمثلة للأسرار التي يجب أن يحافظ عليها البنك ولا يفشها مثل جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم لدى البنوك وسواء كانت هذه الحسابات والودائع إسمية أو مرقمة فكل هذه الحسابات وما يتعلق بها من معاملات تعتبر سرية يجب أن يلتزم العاملين بالبنوك بالمحافظة عليها وعدم الإفشاء بها للغير بأي وسيلة كانت .

أما مجرد وصف شخص العميل بأوصاف سيئة أو ألقاب غير محترمة دون المساس بأي حساب أو أي بيان عنها لا يعتبر إفشاء للسرية وإنما تعتبر جريمة سب إذا توافرت شروطها .

ثالثاً : ركن الإفشاء :

يكون بإخراج سر حسابات العميل أو ودائعه . . . الخ ومعاملاته من مكمنها سواء بالإعلان للغير ولو لشخص واحد أو نشرها فى الصحف سواء كانت صحف محلية و أجنبية أو المجلات سواء الاقتصادية أو غيرها أو توصيلها بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الغير الذي تولى إعلانها وإفشاءها أي يجب أن يقوم البنك أو أحد موظفيه أياً كانت درجاتهم بكشف سرية حسابات العميل للغير أو إلى جهات النشر أي يقوم بكشف حسابات العميل الغير معروفة أو الغير معلومة للكافة إلى غير العميل . . ولا يقتصر المحافظة على الحسابات كلها بل يكفي الإعلان عن أي منها أو أي معاملة متعلقة بها حتى يتوافر فعل الإفشاء .

أما إذا كان العميل نفسه قد قام بنشر هذه الحسابات ومعاملاتها فى الجرائد مثلاً أو فى المجلات الإقتصادية فلا يجوز له بعد ذلك أن يحتج على البنك بهذا الإفشاء حيث سبق له أن أفشى سرية هذه المعاملات .

وقد قضت محكمة أمن الدولة العليا بأن السر هو أمر متعلق بشيء أو بشخص وخاصيته وأن يظل محجوباً أو مخفياً عن كل أحد غير من هو مكلف قانوناً بحفظه أما إستخدامه بحيث يكون العلم به غير متجاوز عدداً محدوداً من الأفراد الذين رخص لهم دون سواهم أن يعلموه أو يتناقلوه فيما بينهم فلا يؤثر على كونه سراً [1] .

ولما كان المشرع يفترض فى البنك أنه لا يقصر ويجب أن يكون فى شدة الإنتباه والدقة والعناية فى المعاملة مع الجمهور .. فلا يجب على الموظف البنكي أن يرد على عميل لا يعرفه تليفونياً يسأله عن رصيد حسابه وكما يجب على البنك أن ينبه على عملائه بعدم الإستفسار عن حساباته بالتليفون حيث أن ذلك قد يوقع البنك تحت طائلة المسئولية .

ويعتبر من قبيل الأسرار المصرفية للعميل مقدار رصيد الحساب دائناً أو مديناً وحركة الحساب وصرف مبالغ وتسليم القيم المنقولة أو ايداع مبالغ فى الحساب أو ما يقدمه العميل من ضمانات شخصية مثل الكفالات الشخصية أو الكفالات العينية مثل الرهون وتمتد الحماية القانونية إلى المشروعات التى أخذ العميل القروض من أجلها والمفاوضات السابقة على منح القرض أو التسهيل للعميل وبصفة عامة تمتد الحماية القانونية لكافة معاملات العميل مع البنك سواء كانت المعلومة التى حصل عليها البنك تتعلق بالحسابات أو بمعلومات شخصية عن العميل .

فضلاً عن ذلك تمتد الحماية القانونية على الحسابات والمعاملات التى إنتهت بين العميل والبنك وذلك طبقاً لنص المادة الأولى والثانية من القرار بقانون ٢٠٥/١٩٩٠ .

وعلى ذلك فإن إلتزام البنك بالحفاظ على سرية حسابات العميل هو إلتزام مؤبد ومستمر لا ينتهي مهما طال الزمن حيث جاء فى عجز نص المادة الأولى من القرار بقانون سالف الذكر على أن :

«ويظل هذا الحظر قائماً حتى ولو إنتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب » .

رابعاً : القصد الجنائى :-

نرى أن القصد الجنائي فى هذه الجريمة هو قصد عام فيكفي أن يكون المفشي عالماً بأنه يفشي أو يفضي سراً أؤتمن عليه أو وصل إلى علمه بسبب وأثناء وظيفته ولا يلزم أن يكون القصد من الإفشاء نية الإضرار بالعميل صاحب الحساب ويقصد الحصول على مقابل أو ربح مقابل عملية الإفشاء .. حيث أن المشرع اكتفى لكي تقوم الجريمة أن يقوم المفشي بالسر بإعلانه وهو يعلم أن القانون يعاقب عليه دون أن يشترط أن يكون المفشي لهذا السر يقصد الإضرار بالعميل من عدمه .. وعليه فإن الإهمال الذى يؤدي إلى إفشاء سرية حسابات ومعاملات العميل يقع تحت طائلة القانون ..

وإن كنا نرى أنه كان يجب على المشرع أن ينص على أن يكون القصد الجنائي فى هذه الجريمة خاصاً أي يجب أن يقصد الجاني من وراء قصده الإضرار بالعميل أو أنه يفشي هذه السرية قاصداً الربح من ورائها .

---

(١) دكتور محمد جودت الملط - المسئولية التأديبية للموظف العام - رسالة دكتوراه القاهرة فى ١٩٦٧ ص ١٢٢ .

العقوبة المترتبة على إخلال البنك بالتزامه بالمحافظة على سرية حسابات العميل

فضلاً عن مسئولية البنك والموظف المدنيه عن تعويض الأضرار المادية والأدبية التى لحقت العميل نتيجة الإفشاء بأسرار حساباته ومعاملاته مع الغير فإن الموظف الذى قام بعملية الإفشاء يتعرض للمسئولية الجنائية لأول مرة فى التشريعات المصرفية فى مصر فقد نصت المادة السابعة من القرار بقانون رقم ٢٠٥/ ١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات بالبنوك على الآتي

« مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب كل من يخالف أحكام المادة الأولى والثانية (فقرة أخيرة) والمادة الخامسة من هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيهاً . . »

يتبين من نص هذه المادة أن العقوبة المترتبة على قيام الشخص بإفشاء سرية حسابات العميل أو معاملاته للغير بطريق مباشر أو غير مباشر بعقوبة الحبس التى لا تقل عن سنة بأي حال من الأحوال ولا تزيد على ثلاثة سنوات طبقاً لنص المادة ١٨ من قانون العقوبات والغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد عن عشرين ألف جنيه أي أن المشرع جعل الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة واجبة دون أن يترك حق الإختيار للقاضي بين العقوبتين أو حتى دون أن يعطي الحق للقاضي فى النزول بعقوبة الحبس عن سنة أو يقلل من الغرامة حيث جعل الحد الأدنى عشرة آلاف جنيه .

وقد سبق أن نقدنا مسلك المشرع من تشدده وإلغاء سلطة القاضي فى التفريد العقابي وكان الأولى أن يقرر لها عقوبة الحبس أو الغرامة ويجعل للقاضي تحديد مقدار الحبس أو الغرامة التى تتناسب مع جريمة الإفشاء كلا حسب ظروفها .

ولكن قد ترتكب جريمة إفشاء السر ولا يمكن تعيين المسئول بصفة شخصية ولاسيما أن معظم المصارف لها الشخصية المعنوية فهنا يثور التساؤل . هل يجوز أن تسند المسئولية الجنائية إلى الشخص المعنوي ؟.

يتفق الفقه إلى عدم جواز مسائلة الشخص المعنوي إذ يتعذر توقيع العقوبة على الشخص المعنوي كما أنه يصعب الوقوف على القصد الجنائي فضلاً عن صعوبة توقيع عقوبات مقيدة للحرية مثل السجن أو الحبس بخلاف الغرامة يمكن توقيعها عليه وقد أخذت بعض التشريعات الأجنبية بجواز توقيع عقوبة الغرامة على الشخص المعنوي . .

ولذلك يقتصر توقيع العقوبة السالبة للحرية على الشخص الذي أرتكب الفعل المؤثم . .

وقد يثار تساؤل آخر فهل إذا تمت المحاكمة عن إعطاء سر عن حسابات عميل هل يمنع ذلك من العقاب عليه مرة أخرى إذا تم الإفشاء عن ذات السر ؟

فقد قضت محكمة أمن الدولة العليا بأن تسليم السر مرة لا يمنع من العقاب على تسليمه مرة أخرى لأن تكرار التسليم يزيد الإلمام به ، كما وأن سبق إفشاء السر لا يرفع عنه صفته ، وذلك أن إفشاء السر مرة لا يحول دون تبليغه مرة أخرى لغير من أفشى إليهم فى المرة السابقة ولأنه حتى ولو فقد السر أهميته أو فائدته بعضها أو كلها فلا يؤثر ذلك على مسئولية من يفشيه [١].

وفضلا عن ذلك فكما سبق أن وضحنا بأن إلتزام البنك بالسرية هو إلتزام مؤيد وهو كذلك أيضاً بالنسبة للموظف فإذا أحيل الموظف إلى المعاش يحظر عليه أيضاً الإفشاء بأي سر من أسرار عملاء البنك الذي كان يعمل فيه حتى ولو كانت هذه المعاملات قد انتهت فإذا أفشى بأي سر من أسرار حسابات أو ودائع العملاء يقع تحت طائلة هذا القانون .

(١) راجع فى ذلك دكتور محمد جود الملط - المرجع السابق ص ١٣٤ ، ١٣٥

أحكام المحكمين وتنفيذها فى قانون المرافعات المصرى

للسيد الأستاذ / حمدى بريك رضوان
المحامى

تمهيد :

(أ) التعريف بأحكام المحكمين :

إذا كان الدستور قد نص فى المادة ٦٨ منه على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي . فان الدستور قد أعطى الأفراد الحرية فى الإلتجاء إلى أي طريق من طرق التقاضي تؤدي فى النهاية إلى إنهاء المنازعة بين الأفراد وإذا كان القضاء وهو مظهر سيادة الدولة لا يمارس إلا عن طريق السلطة العامة المخصصة لذلك ولكن القانون أجاز للأفراد إخراج بعض المنازعات من ولاية السلطة القضائية فى الدولة ، وأن يعهدوا بمهمة الفصل فيها إلى المحكمين الذين يختارون لهذا الغرض إذا المشرع اعتبر أن نظام المحكمين طريق من طرق التقاضي فى قانون المرافعات وذلك فى المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ منه .

وعلى ذلك فإذا أردنا تعريف نظام المحكمين فى القانون فلقد أختلف الفقهاء فى ذلك :

– فالدكتور عبد الحميد أبو هيف يعرف التحكيم [١] «حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الإتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع ينشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا فى النزاع المذكور بدلاً من القضاء المختص».

– ويعرفه الدكتور محسن شفيق [٢] بأنه « نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهى بقضاء وهو قرار التحكيم » .

– ويعرفه الدكتور أحمد محمد الاسطل [٣] «إتفاق طرفى الخصوم على تولية رجل أو أكثر أهلاً ليفصل فيما تنازعاه بحكم الشرع دون تدخل القاضي المولى» .

– ويعرفه الدكتور أحمد ماهر زغلول [٤] « مكنة يقررها القانون للأفراد يستطيعون بمقتضاه الإتفاق على إحالة المنازعات التى تقوم أو ستقوم فيما بينهم على فرد أو أكثر يسمون محكمين دون السلطة القضائية المختصة أصلاً بذلك فالتحكيم من حيث الأصل مكنة إختيارية يترك لإرادة الأفراد حرية ممارستها » .

وعلى هذه التعريفات فيمكن تعريف نظام المحكمين بأنه :

« حق وطريق خاص من طرق التقاضي يقرره القانون ويحميه ويفرض نظامه عليه فى التنفيذ ويستخدم من أجل الوصول إلى تطبيق القواعد العامة للعدالة بغير مخالفة القانون فى هذا التطبيق ويتحقق من ورائه الهدف الذي يسعى إليه الخصوم فى إنهاء النزاع وتفادي طرق التقاضي العادية والنفقات الباهظة فى التقاضي عن طريق السلطة المختصة بذلك .

ولذلك كان للأفراد الحرية فى الإلتجاء إلى التحكيم لإنهاء النزاعات الناشئة بينهم فى جميع المسائل المتعلقة بإنهاء الخلافات بين أفراد المجتمع إلا أنه يستثنى من ذلك أنه لا يجوز التحكيم فى المسائل وفى المواد المتصلة بالأحوال الشخصية البحتة كالبنوة أو صحة الزوجية أو ثبوت الوراثة أو الحضانة أو بالحجر ، ولكن يجوز التحكيم فى المصالح المالية المتصلة بالأحوال الشخصية كتحديد مقدار النفقة أو التعويض عن فسخ الخطبة ، أو تقسيم التركة بين الورثة ، كما أنه لا يجوز التحكيم فى المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة كالجرائم أو المسئولية الجنائية عنها وإن كان يجوز التحكيم فى شأن تحديد التعويض المستحق للمجني عليه ، ولا يجوز التحكيم فى شأن

(١) طرق التنفيذ والتحفظ فى المواد المدنية التجارية . د. عبد الحميد أبو هيف .
(٢) التحكيم التجارى الدولى . د. محسن شفيق .
(٣) التحكيم فى الشريعة الإسلامية د. أحمد محمد الاسطل .
(٤) اصول التنفيذ أحمد ماهر زغلول .

نزاع على دين قمار أو ما يتصل بنزاع الملكية المتعلقة بالمنفعة العامة أو بأعمال السيادة أو بإكتساب الجنسية ولا يجوز التحكيم بصدد إجراءات التنفيذ الجبري من حيث صحتها أو بطلانها لأنها تجرى تحت إشراف القضاء [1] . هذا وأن الإتفاق على التحكيم إذا توافرت شروطه طبقاً للقانون يمنع كل من القضاء العادي والمستعجل من نظر أية دعوى متعلقة به سواء أكانت دعوى موضوعية أم كانت بخصوص إجراء تحفظي مؤقت [2] .

(ب) الأسباب والدوافع التى ادت إلى وجود نظام المحكمين فى قانون المرافعات :

إن من الأسباب والدوافع التى أدت بالأفراد إلى الإلتجاء وبقاء هذا النظام وعدم الإلتجاء إلى السلطة المختصة بذلك وحماية المشرع لهذا الإلتجاء بأنه أضفى عليه سلطته القانونية وهذه الأسباب منها بطء إجراءات التقاضي النظامي وتعقيدها أدى ذلك بالأفراد إلى الإلتجاء إلى نظام المحكمين ووجوده فى قانون المرافعات وذلك أن المصلحة قد تستدعي وجود إجراءات سريعة عن إجراءات التقاضي العادية بقياس الإجراءات العادية فى القانون بنظام المحكمين تعتبر نظام المحكمين سريعاً فى إنهاء الخصومة المعروضة عليه حيث أنها لا تستغرق من الوقت الذى تستغرقه فى القانون العادي .

كما أن من الدوافع التى أوجبت هذا النظام النفقات التى ترهق جمهور المتقاضين هذه النفقات قد تكون بالدرجة والجسامة التى تؤدي إلى عزوف الأفراد عن الإلتجاء إلى القاضي الطبيعي وذلك للهروب من هذه النفقات كما أن تعقيد طرق التقاضي وإلتوائها وكثرة الطعون فى الأحكام من الأسباب التى أدت إلى وجود هذا النظام .

(جـ) الشروط الواجب توافرها فى المحكمين :

ينص قانون المرافعات على بعض الشروط الواجب توافرها فى المحكمين وأساس هذه الشروط أن المحكمين يقومون بالقضاء حقيقة أنه قضاء خاص ولكن لقرار المحكمين حجية الأمر المقضى به فيجب ألا تعطى هذه المهمة لأي شخص ولكن لأشخاص معينين تتوافر فيهم هذه الشروط وهي :

(١) توافر الأهلية المدنية الكاملة :

يجب أن تتوافر فى المحكم الأهلية المدنية الكاملة فلا يجوز أن يتولى التحكيم قاصر أو محجور عليه أو محروم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً مالم يرد إليه إعتباره (٢٠٥/١) وتكفي الأهلية المدنية دون إشتراط التمتع بالحقوق السياسية [3] وعلى ذلك فيجوز أن يتولى التحكيم أجنبي ويترتب على عدم ربط التحكيم بالحقوق السياسية جواز أن تتولاه هيئة بإعتبارها كذلك رغم أن الشخص المعنوي لا يتمتع بحقوق سياسية كما أنه يجوز أن تتولاه امرأة ولوكانت محرومة من حقوقها السياسية .

(٢) الا يكون المحكم ممنوعاً من التحكيم :

يمنع القانون أحياناً بعض الأشخاص من تولى مهمة التحكيم رغم توافر الأهلية المدنية الكاملة لديهم ومن هذا وفقاً للمادة ٢/٦٣ من قانون السلطة القضائية فإنه لا يجوز - بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى - أن يقوم القاضي أياً كانت درجته بالتحكيم ولو بغير أجر إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة ولو كان أحد أطراف النزاع هي الدولة إو إحدى الهيئات العامة . [4]

(١) تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه ، محمد كمال عبد العزيز .
(٢) التعليق على قانون المرافعات ، عز الدين الديناصورى - حامد عكاز .
(٣) القضاء المدنى ، د. فتحى والى .
(٤) المرجع السابق .

(٣) الا تكون له مصلحة فى النزاع :

إن المحكم هو فى الأصل قاضياً ومن المقرر أنه ليس لشخص أن يكون قاضيا لنفسه ولهذا لا يجوز إختيار شخصاً محكماً إذا كان طرفاً فى هذا النزاع أو له مصلحة فيه على أي وجه كان وذلك إعمالا لنصوص قانون المرافعات .

(٤) يجب أن يكون المحكمين وتراً إذا تعدد المحكمون :

حيث أن نظام المحكمين نظام قضائي مثل نظام السلطة العامة فإنه يجب أن يكون عدد المحكمين إذا تعددوا وتراً حتى يتحقق فيهم العدالة عند إجراء عملية الترجيح بالنسبة للأصوات المحكمين فالرأي الأكثر لا يتأتى إلا من وجود عدد محكمين وترا وحتى لا يكون هناك تساوي فى العدد عند إجراء التصويت على إتخاذ القرار .

هذه هى مجموع الشروط التى يجب أن تتوافر فى المحكم حتى يكون حكمه صحيحاً غير قابل للإبطال وبه ينتهي التمهيد .

المبحث الأول : ويشتمل على الشروط الواجب توافرها للمحكم حتى يكون قابلاً للتنفيذ والإجراءات التى يجب إتباعها عند تنفيذ حكم المحكمين وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها للحكم حتى يكون قابل للتنفيذ :

(١) أن يكون الحكم مكتوب (م ١/٥٠٧)

إن حكم المحكمين شأن حكم القضاء العام فالقانون لا يعرف حكماً شفوياً ولو كان حكم المحكمين هذا ولقد قضت محكمة النقض بأن « الكتابة شرط الإثبات قبول المحكم مهمة التحكيم وليست شرطاً لإنعقاد مشارطة التحكيم وأن توقيع المحكم على عقد التحكيم لا يعتبر ركناً لإنعقاده » نقض ١٩٧٣/٢/٢٤ - ٢٤ - ٣٢١ وعليه فيجب أن يكون حكم المحكمين مكتوب وذلك أنه عند التنفيذ سوف يودع الحكم بالمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويوضع عليه أمر التنفيذ ولا يتصور إيداع أو منع أمر التنفيذ إلا بالنسبة لورقة مكتوبة ولذلك يعتبر حكم المحكمين المكتوب ورقة رسمية شأنه شأن أحكام القضاء . نقض ١٩٦١/٨/٣٠ [1] .

(٢) أن يشتمل حكم المحكمين على البيانات التى تكفي لكي يحقق وظيفته :

هذه البيانات لازمة لكي يحقق حكم المحكمين الوظيفة المرجوه منه .

وهذه البيانات هي : صدوره من وثيقة التحكيم أو شرط التحكيم - ذلك أن سلطة المحكمين مستمدة من الإتفاق على التحكيم فتوافر هذه البيانات يمكن معه التأكد من صدور القرار فى حدود سلطتهم - ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه الحكم وتاريخ صدوره وتوقيعات جميع المحكمين (٥٠٧/١) وذلك أنه لا يجوز جحد التاريخ الذي أثبته المحكم لصدور حكمه إلا بالطعن بالتزوير (نقض ١٩٦١/١/٣٠م . نقض -١٢-٧٣٠ فاذا إمتنع أحد المحكمين أو أكثر من التوقيع وجب على الباقين إثبات هذا الإمتناع فى الحكم ولا يكون الحكم صحيحاً إلا إذا وقعه أغلبية المحكمين (٥٠٧/٢) هذه البيانات واردة فى القانون على سبيل الحصر ، فلا يعاب حكم المحكمين لتخلف بيان لم يتطلب القانون ذكره فى ورقة الحكم (نقض مدني ١٩٧٢/٢/٢٦م نقض ٢٣ - ٢٢٥-٤) ولا يوجب القانون النطق بحكم المحكمين ولهذا فإن النطق غير ضروري إلا إذا إشترطه الأطراف فى عقد إجراء التحكيم .

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات ، د. أحمد أبو الوفا .

المطلب الثاني : الإجراءات الواجب إتباعها عند تنفيذ حكم المحكمين :

(١) إيداع الحكم قلم كتاب المحكمة المختصة خلال ١٥ يوماً:

بعد كتابة حكم المحكمين وتوقيع المحكمين عليه أو الأغلبية عليه يجب أن يودع قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر موضع النزاع فإذا كان التحكيم وارداً على قضية بالإستئناف وجب أن يتم الإيداع فى قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر الإستئناف (٢/٥٠٨) ويجب أن يتم الإيداع خلال خمسة عشر يوماً من صدور حكم المحكمين ولا يترتب على عدم الإيداع خلال الميعاد المذكور أي بطلان وإن جاز للخصوم مطالبتهم بذلك وإلزامهم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التأخير [١] .

هذا ولا يقتصر الإيداع على الحكم الفاصل فى الدعوى بل ينصرف أيضاً إلى ماسبقه من أحكام ولو كانت متعلقة بالإثبات أو بسير الإجراءات كما يجب أيداع أصل وثيقة التحكيم أو شرط التحكيم ، ويقوم المحكم بالإيداع إذا كان فرداً أو أحد المحكمين إذا تعددوا وعلى قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر موضوع النزاع قبول وتحرير محضر بالايداع (١/٥٠٨) ولا يعتبر عدم الايداع سبباً لبطلان الحكم إذ يتعلق الأمر بإجراء لاحق على صدور الحكم صدوراً صحيحاً فلا يؤثر فيه .

(٢) لا يكون حكم المحكمين قابلاً للتنفيذ إلا بأمر يصدره قاضي التنفيذ بالمحكمة المودع أصل الحكم قلم كتابها والأمر الذي يصدره القاضي بالتنفيذ هو أمر على عريضة فيخضع لأحكام الأمر على عريضة :

إن هذا مايميز أحكام المحكمين عن أحكام القضاء العام فلا يجوز تنفيذ حكم المحكمين بغير شموله بأمر التنفيذ فإذا قدم الحكم للتنفيذ بغيره كان للمحضر أن يمتنع عن إجرائه وعلة ذلك أن حكم المحكمين قضاء خاص لا يستمد أية قوة من السلطة العامة والأمر وحده هو الذي يرفعه إلى مرتبة أحكام المحاكم ويستطيع المنفذ ضده أن يرفع إشكالاً طالباً وقف تنفيذ الحكم لأن قاضي التنفيذ لم يأمر بتنفيذه ولم توضع عليه الصيغة التنفيذية ، ومن ناحية أخرى فإن القاضي وهو يصدر الأمر بالتنفيذ يستطيع أن يراقب توافر شروط صحة حكم المحكمين ، وإنعقاد الإختصاص لقاضي التنفيذ بالمحكمة المودع أصلاً حكم المحكمين لإصداره أمر التنفيذ هو إختصاص إستثنائى مقرر على خلاف القواعد العامة فالقاعدة أن قاضي التنفيذ لا يختص أصلاً بتكوين السند التنفيذي أو بإعداد مقدماته [٢] .

ويتم اللجوء إليه بعريضة يقدمها أي من ذوى الشأن ويصدر القاضي أمر سواء بالتنفيذ أو برفض الأمر بالتنفيذ فى شكل أمر على عريضة فإذا ما صدر الأمر بالتنفيذ فإن ذلك لا يغني عن ضرورة وضع الصيغة التنفيذية على صورة الحكم التى يجري التنفيذ بمقتضاها .

وتخضع العريضة من حيث تقديمها وإجراءات نظرها والأمر الصادر عليها لأحكام الأوامر على العرائض ، فيجوز التظلم من الأمر الصادر على العريضة سواء بالتنفيذ أو برفضه ويملك المحكوم عليه الخيار بين رفع التظلم لنفس القاضي الآمر أو إلى المحكمة المختصة وهي المحكمة المودع أصل الحكم قلم كتابها ولا يترتب على التظلم وقف التنفيذ ولكن يترتب ذلك على صدور الحكم فى التظلم بقبوله وإلغاء الأمر الصادر ، هذا وإن الحكم الصادر فى التظلم يقبل الطعن عليه بطريق الطعن المقرر للأحكام ، فإذا ما حاز حكم المحكمين القوة التنفيذية كان الإختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن التنفيذ لقاضى التنفيذ ذاته الذي أصدر أمر التنفيذ [٣] .

---

(١) التحكيم بالقضاء والصلح ، د. أحمد أبو الوفا .

(٢) اصول التنفيذ ، د. أحمد ماهر زغلول .

(٣) اصول التنفيذ ، د. أحمد ماهر زغلول .

مع ملاحظة أنه :

(أ) تقتصر سلطة القاضي وهو يضع أمر التنفيذ على التثبت من خلو الحكم من العيوب المنصوص عليها في المادة ٥١٢ مرافعات إلا أنه لا يجوز له أن يتخذ أى إجراء في هذا السبيل بل يكتفي في ذلك بمدونات الحكم وهو من جهة أخرى لا شأن له بصحة أو خطأ حكم المحكمين .

(ب) يلاحظ أن المشرع أعطى سلطة إصدار الأمر بقاضي التنفيذ بالمحكمة التى أودع قلم كتابها أصل الحكم ، فإذا كان يجب وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٥٨ إيداع قلم كتاب محكمة الإستئناف وكان قاضي التنفيذ يتحدد إختصاصه بدائرة المحكمة الجزئية فإن الأمر بالتنفيذ يصدر فى هذه الحالة من قاضي التنفيذ بالمحكمة الجزئية التى يقع بدائرتها مقر محكمة الإستئناف أي أن المشرع يعتد فى تحديد القاضي المختص بإصدار الأمر بواقعة الإيداع لا بمكان إجراء التنفيذ [1] .

المبحث الثاني : وسوف نبين فيه طرق الطعن فى حكم المحكمين وذلك على مطلبين ولكن قبل أن نبين ذلك فسوف نتحدث فى مقدمة بسيطة عن حجية حكم المحكمين :

إن حكم المحكمين وهو قرار يطبق القانون ويفصل فى النزاع فيعتبر قضاء ولكنه ليس قضاء عاماً يترتب على هذا :

(أ) أن لحكم المحكمين حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره ولهذا فإن حكم المحكمين غير قابل للإستئناف إستثناء من القواعد العامة التى تنص على جوار إستئناف الأحكام هذا وإن منع إستئناف أحكام المحكمين قد جاء بلفظه (المادة ٥١٠) ولهذا لا يجوز لأي من الخصوم أن يلجأ إلى القضاء العام بعد صدوره فالإتفاق على التحكيم إذا توافرت شروطه طبقاً للقانون وصدر الحكم بناء على هذا الاتفاق يمنع كل من القضاء العادي والمستعجل من نظر أية دعوى متعلقة به ، ويكون لحكم المحكمين حجيته ولو كان قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن الخاصة به ، كما أن الحجية تثبت له ولو قبل شموله بأمر التنفيذ .

(ب) يعتبر حكم المحكمين ورقة رسمية ولهذا فإنه لا يجوز إثبات عكس ماتضمنه من تاريخ أو بيانات أخرى إلا بالإدعاء بالتزوير ولقد بينت محكمة النقض أن « لا يجوز جحد التاريخ الذى أثبته المحكم لصدور حكمه إلا بالطعن بالتزوير » نقض ١٩٦١/١١/٣٠ م النقض ١٢-٧٣٠

وحكم المحكمين يعتبر ورقة رسمية بمجرد صدوره وذلك أن إعتبار ورقة ما ورقة رسمية لايرتبط بصدورها من موظف عام [2] بل يكفي أن تصدر من شخص أنيطت به خدمة عامة أو كلفه القانون بعبء عام معين والمحكم قد اختاره الاطراف وفقاً لأحكام القانون للقيام بمهمة تطبيق القانون فى حالة معينة وهو يخضع فى قيامه بهذه المهمة لرقابة الدولة ولهذا يمكن إعتبار قراره الذى يصدره فى حدود ولايته ورقة رسمية ولو قبل الإيداع .

(جـ) ليس لحكم المحكمين وحده قوة تنفيذية فهو لا يعتبر سنداً تنفيذياً إلا بصدور أمر من القضاء يعطيه هذه القوة يسمى أمر التنفيذ .

لأن حكم المحكمين قضاء خاص يستند إلى إرادة الأفراد فهو من ناحية يمكن أن يخضع لطرق الطعن التى تخضع لها أحكام القضاء العادي ومن ناحية أخرى يمكن أن يخضع لما يخضع له أي عقد من إمكان رفع دعوى أصلية ببطلانه ولكن حكم المحكمين لا يقبل الطعن فيه بالإستئناف إعمالاً لنص المادة ٥١٠ .

(١) التحكيم بالقضاء والصلح ، د. أحمد أبو الوفا .

(٢) الوسيط فى القانونى المدنى جـ٢ . بند ٧٢ د. عبد الرازق السنهورى .

من قانون المرافعات وذلك أنه ليس من المنطقي أن يسمح المشرع بإعادة النزاع إلى ساحات القضاء والمحاكم فى صورة طعن بالاستئناف ليواجه بمشاكل الإجراءات والنفقات التى أراد فى الأصل تفاديها فأحكام المحكمين على العكس من أحكام المحاكم العادية لا يمكن أن نصنفها إلى أحكام إبتدائية وأحكام إنتهائية فجميعها أحكام إنتهائية حائزة لقوة الأمر المقضى وهي بهذه الصفة تقبل التنفيذ بمجرد صدور أمر التنفيذ ولا ينطبق عليها قواعد النفاذ المعجل [١] .

لهذا فإن طرق الطعن على حكم المحكمين هي :

اولا : الطعن على طريق التماس إعادة النظر :

نظمت المادة ٥١١ من قانون المرافعات طريق الطعن فى أحكام المحكمين وذلك بالتماس إعادة النظر ويكون من أسباب التماس إعادة النظر أي سبب من الأسباب التى نص عليها القانون بالنسبة لأحكام المحاكم العادية فى المادة ٢٤١ منه ، بإستثناء حالة ما إذا كان الحكم قد قضى بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه إذ فى هذه الحالة يكون المحكم قد خرج عن حدود الإتفاق على التحكيم ويمكن رفع دعوى أصلية ببطلان حكمه وفقاً لنص المادة ١/٥١٢ من قانون المرافعات ، ورغم أن الأصل فى الإلتماس رفعه إلى المحكمة التى أصدرت الحكم فإن التماس إعادة النظر فى حكم المحكمين لا يرفع إلى هيئة المحكمين التى أصدرته إذ هذه تنتهي مهمتها بإصدار الحكم بل يرفع هذا الإلتماس إلى المحكمة التى كانت أصلاً من إختصاصها نظر الدعوى ، ويرفع الإلتماس وفقاً للقواعد المطبقة على أحكام المحاكم ، أي أنه يرفع عن طريق عريضة يبين فيها الطاعن الأسباب التى إرتكز عليها فى إلتماس إعادة النظر ، ويجوز أن يطلب إيقاف التنفيذ بالنسبة لحكم المحكمين فى أي حالة كان عليها الطعن بالتماس إعادة النظر وذلك قبل إقفال باب المرافعة فيجوز أن يقدم طلب وقف التنفيذ بعد الطعن بالتماس إعادة النظر ويجوز أن يقدم فى أثناء المرافعة وذلك عكس الطعن بالنقض فى القضاء العادي الذي يوجب أن يقدم الطلب في عريضة الطعن وعلى ذلك فطلب وقف التنفيذ وإن كان يقدم تبعاً للإلتماس فلا يصح تقديمه إستقلالا ودون الطعن بالتماس إعادة النظر ، وعلى ذلك فرفع الإلتماس لا يترتب عليه تلقائياً وقف تنفيذ الحكم المطعون ضده إلا إذا طلب ذلك من المحكمة وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه ولمحكمة الإلتماس فى نظرها لوقف التنفيذ تمارس حماية وقتية تسبغها على الطاعن طوال الفترة اللازمة لنظر الإلتماس فقضائها به يتوقف على توافر شرطي الحماية الوقتية والضرر الجسيم المتعذر التدارك ويرجحان وجود الحق وهو ما يستبان من أسباب الطعن ومدى ما ترجحه من امكانية إلغاء الحكم المطعون فيه وأن المحكمة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة تسمح لها بتقييد نطاق وقف التنفيذ المأمور به فتقصره على شق من الحكم أو بالنسبة لبعض الخصوم دون البعض الآخر أو تقر به بشرط كان أو توجب تقديم كفالة أو تأمر بإتخاذ ما تراه كفيلاً بصيانة حق المطعون عليه ، وحكمها فى طلب وقف التنفيذ وهي تنظر الإلتماس بإعتبارها حكماً مستعجلاً لا يقيدها فيما بعد سواء فيما يتعلق بالتدابير الوقتية التى أمرت بها أو بالنسبة للطعن عند الفصل فيه [٢] وتكون للمحكمة نفس السلطة التقديرية التى لمحكمة النقض عند نظر طلب وقف التنفيذ ، هذا وأنه يجب أن ينظر ويفصل فى طلب وقف التنفيذ - بالنسبة لأحكام المحكمين - قبل الفصل فى موضوع الطعن وإلا أصبح لا محل له ومن ناحية أخرى من المقرر نظر الطلب دون إبلاغ النيابة العامة إذا لم ينص القانون على هذا الإبلاغ بالنسبة لوقف التنفيذ من محكمة الإلتماس .

(١) اصول التنفيذ ، د. أحمد ماهر زغلول .

(٢) اصول التنفيذ ، ماهر زغلول .

ثانياً : الطعن عن طريق دعوى البطلان والاثر المترتب عليها :

إجازة المشرع أن يتفق أطراف الخصومة على التحكيم فى منازعات معينة وبين الإجراءات والقواعد التى تتبع فى هذا . والتحكيم فى هذا يستند إلى الاتفاق على التحكيم مسبقاً ولهذا فإن حكم المحكمين وإن كان يجوز حجية الأمر المقضى يمكن أن ترفع بشأنه دعوى بطلان كما هو الحال بالنسبة للعقود ولهذا يختلف حكم المحكمين عن أحكام المحاكم التى تسري بشأنها قاعدة «لا دعاوي بطلان ضد الأحكام» [1] وأن القانون المصري نظم دعوى البطلان كدعوى أصلية ضد حكم المحكمين ، ترفع هذه الدعوى بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوي وهذه الدعوى ليس لها ميعاد معين ترفع فيه فيجوز رفع الدعوى مالم تسقط بالتقادم أي بمضي ١٥ سنة ، وتختص بنظر دعوى البطلان المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع .

وقبل أن نبين الحالات المحددة التى يترتب على وجود إحداها رفع دعوى البطلان فيجب أن نفرق بين البطلان النسبي والبطلان المطلق .

فالبطلان النسبي وهو لا يجوز أن يتمسك به إلا من شرع البطلان لصالحه فقط والبطلان المطلق وهو البطلان المتعلق بالنظام العام فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ويطلب وقف تنفيذ الحكم بسبب هذا البطلان وعلى ذلك يجوز للغير الذي لم يكن طرفاً في حكم المحكمين أن يستشكل فى تنفيذه متى أوقع الحجز على ماله أو مال للمدين تحت يده ويؤسس إشكاله على هذا البطلان [2] .

* الحالات التى يجوز فيها رفع دعوى البطلان وهى محددة على سبيل الحصر وفقاً لنص المادة ٥١٢ مرافعات وهي :

(أ) إذا كان الحكم قد صدر دون إستناد إلى وثيقة التحكيم أو شرط التحكيم أو إستند إلى وثيقة باطلة أو شرط باطل أياً كان سبب بطلانه أو صدر بعد إنتهاء الميعاد الذى يجب أن يصدر فيه أو صدر فى غير حدود النزاع الذى أتفق التحكيم بشأنه .

(ب) إذا كان موضوع النزاع محل التحكيم لم يحدد من الأطراف فى إتفاقهم على التحكيم أو على الأقل أثناء المرافعة أو إذا كان التحكيم ينصب على مسألة لا يجوز التصالح فيها ، أو كان أحد الاطراف قد أتفق على التحكيم وهو لا يتمتع بأهلية التصرف فى حقوقه وإذا كان المحكم قاصراً و محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً ما لم يرد إليه إعتباره .

(جـ) إذا صدر الحكم من محكمين لم يتفق عليهم الخصوم أو صدر من بعضهم دون أن يكون مأذوناً لهم بالحكم فى غيبة الآخرين .

(د) إذا وقع بطلان فى الحكم كما لو كان الحكم لم يسبب أو لم يوقع عليه أو وقع بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم .

ويلاحظ أن دعوى البطلان جائزة ولو حدث النزول عن الطعن فى الحكم ذلك أنها لا تعتبر طريقاً للطعن بالمعنى الصحيح ومن ناحية أخرى فإنه لا يجوز النزول مقدماً عن التمسك بالبطلان على أنه إذا صدر الحكم فلمن له الحق فى التمسك بالبطلان النزول عنه ولكن هذا النزول لا يلزم غيره من أطراف عقد التحكيم إذا كان لهذا الطرف الأخير الحق فى التمسك بالبطلان .

ويترتب على رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه فوراً ما لم تقضى المحكمة بالإستمرار فى التنفيذ بناء على طلب المحكوم له ، ويشترط فى هذه الحالة أن يطلب الخصم الذى أضير

(١) قضاء التنفيذ ، د. فتحى والى .
(٢) القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ ، الديناصورى وعكاز .

من وقف التنفيذ المترتب على رفع الدعوى الإستمرار فى التنفيذ ويجوز إبداء هذا الطلب شفاهة بالجلسة فى مواجهة الخصوم الآخرين بإعتباره طلباً عارضاً كما يجوز رفعه بصحيفة تقدم إلى قلم الكتاب وفقاً للمادة ٦٣ مرافعات ، وتقضى المحكمة فى هذه الحالة فى الطلب بالرفض أو القبول من ظاهر الأوراق دون التعمق فى بحث الموضوع الخاص بالنزاع وهذا الحكم لا يقيدها عن الفصل فى الموضوع فلها أن تقضى خلافه ولا يطلب منها إبداء الرأي . [١] وأنه يترتب على دعوى البطلان وقف التنفيذ فوراً لأن المقصود من هذه الدعوى إنكار كل سلطة للحكم فيما فصل فيه ومن ثم ينعدم الحكم إن صحت الإعتبارات التى بنيت عليها الدعوى ، فيكون من المستحسن ألا يعد صالحاً للتنفيذ إذا رفعت الدعوى بإنكاره أو بطلانه خاصة وأن أسباب البطلان فى التحكيم تتصل بعدم مراعاة القواعد الأساسية فى التقاضى فإذا كان الحكم باطلاً ومبنياً على إجراءات باطلة فمعنى هذا أن المحكم قد أغفل ما لا يجوز إغفاله على أسس الإجراءات وأنه قد أهدر حقوق الخصوم بما قد يجعلهم فى حالة تتساوى مع حالة إنكار سلطته كمحكم وذلك لأن المحكم لا يراعي جميع إجراءات المرافعات ولا يحاسب بما يحاسب به القضاء فى هذا الصدد ، وإلا ما أمكن تصور فائدة ما من التحكيم .

وإذا كانت المحكمة تملك أن تقضى بالإستمرار فى التنفيذ بصفة مؤقتة ريثما تفصل فى دعوى البطلان ، فإنها تملك أيضاً إشتراط تقديم كفالة فى هذا الصدد أو أن تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حقوق الخصوم - ومن يملك الكثير يملك القليل - وإذا تضمن حكم المحكمين عدة مسائل ورفعت الدعوى ببطلان شق من الحكم فإن هذا الشق وحده هو الذي يقف تنفيذه بقوة القانون ، سواء صدر الحكم برمته ضد رافع دعوى البطلان أو صدر ضده فقط فى هذا الشق الذى رفع بصدده دعوى البطلان ، وإذا كان الخصومة لا تقبل التجزئة بنص القانون أو بحسب طبيعتها أو كان الحكم مصالحاً فإن الدعوى بطلب بطلان حكم المحكمين فى شق من الموضوع توقف تنفيذ الحكم برمته ، وتستتبع طرح النزاع برمته أمام المحكمة [٢] .

وإذا كان من المقرر وفقاً لنص المادة ٥١٢ مرافعات أنه يترتب على رفع دعوى ببطلان حكم المحكمين وقف تنفيذ الحكم إلا أنه إذا خالف المحضر ذلك واستمر فى التنفيذ كان للمنفذ ضده أن يلجأ لقاضي التنفيذ بإشكال وقتى طالباً وقف التنفيذ فإذا إتضح للقاضى ذلك فإنه يأمر بوقف التنفيذ ، وإذا صدر الحكم برفض الدعوى بطلب بطلان حكم المحكمين يعتبر هذا الحكم بمثابة حكم بالإستمرار فى التنفيذ ، والحكم فى هذه الحالة يقبل التنفيذ الجبري أو لا يقبله ، أو يقبل النفاذ المعجل أو لا يقبله حسب القواعد العامة بمعنى أنه إذا صدر الحكم برفض الدعوى بطلب بطلان حكم المحكمين وكان قابلا للإستئناف ولم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل فإنه لا يجوز تنفيذ حكم المحكمين مالم تكن قد قضت المحكمة من قبل بناء على طلب المحكوم له بالإستمرار فى التنفيذ وأن الحكم فى الدعوى ببطلان حكم المحكمين لا يخول للمحكمة الفصل فى موضوع النزاع الأصلى إلا ذا تمسك أحد الخصوم بذلك [٣] .

ويجوز لطالب التنفيذ أن يطلب الإستمرار فى التنفيذ إذا إمتنع المحضر عن التنفيذ بحجة رفع دعوى البطلان رغم أن طالب التنفيذ قدم مايدل على شطب الدعوى ومضي ستين يوماً دون تجديدها فإنه يتعين على قاضى التنفيذ فى هذه الحالة أن يحكم بالإستمرار إذا إستبان له من ظاهر الأوراق جدية دفاع طالب التنفيذ .

---

(١) قضاء الامور المستعجلة ، للمستشارين . راتب ونصر الدين كامل .
(٢) التحكيم ، د. أحمد أبو الوفا .
(٣) المرجع السابق .

خاتمـة :

تقييم نظام تنفيذ أحكام المحكمين :

بعد أن تحدثنا فى الدراسة السابقة عن تنفيذ أحكام المحكمين والتى قسمناها إلى تمهيد ومبحثين وخاتمة

التمهيد اشتمل على تعريف بأحكام المحكمين والأسباب والدوافع التى أدت إلى وجوده فى قانون المرافعات والشروط الواجب توافرها فى المحكمين .

والمبحث الأول : قسم إلى مطلبين ، المطلب الأول وفيه تحدثنا عن الشروط الواجب توافرها للحكم حتى يكون قابل للتنفيذ ، والمطلب الثاني تحدثنا فيه عن الإجراءات الواجب إتباعها عند تنفيذ حكم المحكمين

والمبحث الثانى : تحدثنا فيه عن طريقة الطعن فى حكم المحكمين وقسم إلى مطلبين ، المطلب الأول وتحدثنا فيه عن الطعن عن طريق إلتماس إعادة النظر والمطلب الثاني تحدثنا فيه عن الطعن عن طريق دعوى البطلان والأثر المترتب عليها .

وسوف نتحدث الآن فى خاتمة البحث عن تقييم نظام تنفيذ أحكام المحكمين :

* يتضح من البحث المتقدم أن المشرع فى قانون المرافعات راعى التوازن وتحقيق المساواة بين السلطة العامة المسئولة عن تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع وبين إرادة وحرية أفراد المجتمع وذلك فى نظام أحكام المحكمين ويتضح ذلك من النقاط الآتية :

أولاً : أطلق المشرع الحرية للأفراد فى الإلتجاء إلى الطريق الذى يروق لهم من أجل حل المنازعات الناشئة بينهم.

إن المشرع فى قانون المرافعات أوجد طريقتين للتقاضي وفض المنازعات ، الأول عن طريق السلطة العامة القضائية والثانى عن طريق المحكمين فالمشرع يجيز إتفاق الخصوم على طرح النزاع على المحكمين بدلاً من طرحه على المحكمة المختصة فى الأصل بنظر النزاع وهذا مبعثه الثقة فى حسن تقدير هذا المحكم وفى حسن عدالته كما يكون من الاسباب التى تؤدى بالأفراد إلى طرح النزاعات على المحكمين إختصار الوقت الذى يطيل أمد النزاع عند الإحتكام للسلطة العامة وتجنب التكاليف الباهظة من جراء ذلك فالأفراد أحرار بين اللجوء إلى السلطة العامة القضائية وبين اللجوء إلى المحكمين لفض النزاعات الناشئة بينهم حسب قانون المرافعات .

ثانياً : منع المشرع إستئناف أحكام المحكمين :

تنص المادة ٥١٠ من قانون المرافعات على أن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بالإستئناف هذا إستثناء من القواعد العامة كما أنها غير قابلة للطعن بالنقض ، وهذا من أهم مبادىء العدالة فى نظام المحكمين فإذا كانت الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته هى مبعث الإتفاق على التحكيم يكون من المغالاة فى تحقيق ضمانات الخصوم أن يكون الحكم قابلاً للإستئناف ، وذلك أن الإستئناف معناه إهدار هذه الثقة الموجودة فى المحكم والسبب فى إختياره للتحكيم ، ولهذا نص القانون على أن حكم المحكمين لا يجوز الطعن فيه بالإستئناف وقرر أيضاً أن التحكيم يفرض على الورثة ولو كانوا من القصر متى كان مورثهم قد اختار المحكمين قبل وفاته [1] ، أي أن المشرع وازن أيضاً بين حرية الأفراد فى إختيار المحكمين وبين فرض السلطة عليهم عندما منعهم من إستئناف حكم المحكمين السابق إختيارهم لهم .

(١) التحكيم ،د. أحمد أبو الوفا .

ثالثا : تطلب المشرع أن يصدر قاضى السلطة العامة أمر االتنفيذ عند إجراء التنفيذ بناء على حكم المحكمين :

بينا فيما سبق أن المشرع ترك للأفراد الحرية فى إختيار طريق التقاضى الذى يروق لهم ولكنه تتطلب تحقيق التوارن بين آراء الأفراد والسلطة العامة عندما منع على المحضرين أن يقوموا بتنفيذ حكم المحكمين الغير موجود عليه الصيغة التنفيذية للأحكام والغير صادر له أمر تنفيذ من قاضى التنفيذ الموجود فى المحكمة المختصة أصلاً بحل هذا النزاع ، أي أن المشرع تطلب عند إجراء التنفيذ لأحكام المحكمين أن تصدر السلطة المختصة بالتنفيذ أمر بالتنفيذ ، وذلك لخطورة التنفيذ وتأثيره على المراكز العامة للأفراد أي أن المشرع هنا أعاد إلى السلطة العامة القضائية مسئوليتها قبل أفراد المجتمع وذلك أنها تصدر أمر التنفيذ وتراقب عملية إجراء التنفيذ بناء على حكم المحكمين ، وهذا توازن بين إرادة أفراد المجتمع والسلطة العامة من أجل تحقيق العدالة والتطبيق الصحيح لأحكام القانون .

الخلاصة :

بالرجوع إلى البحث المتقدم نجد أن المشرع فى قانون المرافعات وازن بين عند تنفيذ أحكام المحكمين بين إرادة الافراد وحريتهم وذلك عن طريق إتاحة الحرية لهم فى الإتفاق على إنهاء طرح الخصومة عن طريق المحكمين ، وبين السلطة العامة المسئولة عن تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع عندما أتاح لها الحق فى التدخل عند إجراء عملية التنفيذ بناء على حكم المحكمين بإصدارها أمر التنفيذ من قاضي التنفيذ الموجود فى المحكمة المختصة أصلا بحل النزاع ، وهذا كله إن دل على شيء إنما يدل على مدى مراعاة المشرع لحرية الأفراد ولتحقيق العدالة بينهم والتوازن بين السلطة العامة وبين حرية الأفراد فى إجراء التحكيم

دعـــــاء

اللهم أشكو إليك ضعف قوتى وقلة حيلتى وهوانى على الناس يا أرحم الراحمين ... أنت رب المستضعفين ، وأنت ربّى .. إلى من تكلنى ؟ ... إلى بعيد يتجهمنى ، أم إلى عدو ملكته أمرى .. ان لم يكن بك علّى غضب فلا أبالى ... لكن عافيتك هى أوسع لى .. أعوذ بنور وجهك الذى أشرقت له الظلمات ... وصلح عليه أمر الدنيا والآخرة من أن تترك بى غضبك ... لك العتبى حتى ترضى ... ولا حول ولا قوة إلا بك ..

الدفاع الشرعى

في

الشريعة الإسلامية ..

والقانون الوضعى

للسيد الأستاذ / منتصر الزيات
المحامى بالاستئناف العالى
و مجلس الدولة

الفصل الأول

الجريمة وأسباب الإباحة

المبحث الأول : الجريمة . . تعريفها . . وأركانها .

المبحث الثاني : أسباب الإباحة

المبحث الأول

الجريمة . . تعريفها . . أركانها

١ - التعريف القانوني للجريمة .

« يختلف تعريف الجريمة بإختلاف المجال الذي تدرس في نطاقه سواء فى مجال الدين أو الأخلاق أو القانون أو علم الإجتماع أو علم النفس على أن ما يعنينا هو تعريف القانون للجريمة وبالذات تعريف القانون الجنائي لها .

ودرجت معظم التشريعات على عدم تعريف الجريمة ومن ذلك القانون الفرنسي والإيطالي والمصري والليبي وهو خطة سليمة لأن إيراد تعريفات فى التشريع سلوك منتقد ، فقد لا يجيء التعريف جامعاً مانعاً فيغل يد مفسر القانون ومطبقه ومن الأفضل ترك التعريف للفقه يصيغه فى ضوء ما تكشف عنه التطبيقات العلمية وتقدم الفقه القانوني وبذلك يصبح التعريف مرشداً دون خشية من أن ينقلب إلى قيد . . ومن التشريعات القليلة التى تعرف الجريمة القانون الأسباني الصادر منه ١٩٢٨ فى مادته الأولى والقانون اليوناني والصادر سنة ١٩٥٠ « المادة ١٤ » والقانون الأثيوبي الصادر سنة ١٩٥٧ « المادة ٢٣ » ومن الملاحظ أن التشريعات الأنجلوساكسونية والقوانين التى أخذت عنها كالقانون السوداني تكثر من وضع التعريفات وضرب الأمثلة » [١] .

« والجريمة كفكرة قانونية عامة هى سلوك يحظره القانون ويرتب عليه له جزاء . . غير أنه لما كانت الجزاءات القانونية تتنوع وتتباين فى طبيعتها فقد إقتضى هذا أن تتعدد مدلولات الجريمة فى القانون تبعاً لتنوع وتباين الجزاءات التى يفرضها بصور السلوك المحظور . . فإلى جانب الجريمة الجنائية توجد الجريمة المدنية والجريمة التأديبية » [٢] .

٢ - التعريف الفقهي للجريمة :

وقد إختلفت مذاهب الفقهاء فى تعريف الجريمة . . فمنهم من اقتصر على تعريفها بأثرها القانوني فصورها على أنها « كل فعل ينهي عنه القانون ويفرض له عقوبة » [٣] . وآخرون عنوا بصياغة تعريف شامل للجريمة يبرز مقوماتها الأساسية إلى جانب الأثر الذي يرتبه عليها القانون فعرفوا الجريمة بأنها « فعل صادر عن إرادة آثمة يعاقب عليه القانون لإنطوائه على مساس بحق أو مصلحة جديرة بالحماية » [٤] . أو « فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدبيراً إحترازياً » [٥] وعليه فالجريمة « سلوك غير مشروع سواء كان فعلاً أو إمتناعاً يمكن إسناده لمرتكبه ويقرر له القانون عقوبة أو تدبيراً إحترازياً » [٦] .

« ووفقاً للفقه التقليدي تعرف الجريمة بأنها سلوك إيجابي أو سلبي إنساني يخالف نصاً من نصوص التجريم . فمناط عدم المشروعية إذاً يتحصل فى مجرد المخالفة الشكلية لأوامر الشارع ونواهيه » [٧] .

« والجريمة عند دعاة الفقه الوضعي هي سلوك إنساني مناهض للقيم والمبادىء الأخلاقية السائدة في المجتمع ولو لم يكن الشارع قد ضمنه نصاً من نصوص التجريم والعقاب فمناط عدم المشروعية إذاً يتحصل فى تعارض سلوك الجاني مع المبادىء الأخلاقية العامة ولو لم يكن محل تقدير مسبق من جانب الشارع » [٨]

« والصحيح أن السلوك الإنساني لا يعد جريمة إلا بتوافر شرطين :-

الأول : أن يكون مخالفاً لنص تشريعي محدد .

والثاني : أن يكون منطوياً على إهدار لإحدى المصالح الجوهرية التى أسدل عليها الشارع الجنائي حماية وإعتبر المساس بها جريمة .. » [٩] .

٣ - *أركان الجريمة* :

وجملة التعريفات السابقة تبرز المقومات الأساسية للجريمة فتوضح أن كل جريمة تتطلب بالأقل ركنين أساسيين .

أولهما : - ما يعبر عنه بالركن المادي ويتمثل فى فعل أي سلوك ملموس فى العالم الخارجي إيجابي أو سلبي يتحقق به الاعتداء على حق يحميه القانون .

وثانيهما : - الركن المعنوي أو ما يصح التعبير عنه بالإرادة الآثمة وهو عبارة عن علاقة بين نفسية الجاني وماديات الجريمة تتحقق على نحو يسمح بتأثيم إرادته وجعلها محلاً للوم القانون فيما إتجهت إليه من عمل أو إمتناع » [١٠] .

« ويضيف البعض ركناً ثالثاً للجريمة هو ما يعرف بالركن الشرعي « وهو الصفة غير المشروعة التى تتأتى من خضوع الفعل أو الإمتناع لنص فى القانون ينهى عن إثباته أو يأمر بالقيام به ويرتب على مخالفة ذلك عقوبة أو تدبيراً إحترازياً وثبوت الصفة غير المشروعة يفيد بالضرورة عدم وجود سبب من أسباب الإباحة يرفع عن الفعل أو الإمتناع هذه الصفة »[١١] .

« ويذهب الفقهاء الإيطاليون أيضاً إلى القول بأن الركنين المادي والمعنوي هما نواة الجريمة ولكنهم درجوا على إضافة عنصرين آخرين إليهما وهما العنصر المفترض وشروط العقاب » [١٢] .

« والعنصر المفترض أمر يفترض القانون توافره وقت مباشرة الجاني لنشاطه ويستقل عن ركنها المادي بحيث يمكن أن يتحقق هذا الركن بدونه » [١٣] . وبغير وجوده لا تضفى على السلوك الصفة غير المشروعة ومن أمثلته .. حالة الحمل فى جريمة الإجهاض « المادة ٦٠ عقوبات » . وملكية الغير للمال فى جريمة السرقة « المادة ٣١١ » ووجود دعوى فى جريمة شهادة الزور « المادة ٢٩٤ » صفة الموظف العمومي فى جريمة الرشوة « المادة ١٠٣ » وصفة التاجر فى جريمة التفاليس «المادة ٣٢٨» وكون القذف عن طريق الصحف أو غيرها من طرق العلانية « المادة ٣٠٢ » [١٤] .

« وقد أيد بعض الفقهاء إعتبار العنصر المفترض من الأركان المستقلة ولكن غير لازم فى كل الجرائم فهو ركن خاص فى جرائم معينة » [١٥] .

بينما ذهب البعض لإعتباره من ملابسات السلوك المكون للجريمة ولا يستقل عن الركن المادي للجريمة » [١٦] .

« أما شرط العقاب فهو حدث مستقل عن السلوك الإجرامي ولا يتوقف وجوده على إرادة القائم بالسلوك ومع ذلك يلزم تحقيقه لتوقيع العقاب .. ومن أمثلته . التنبيه بالدفع على من صدر عليه حكم بدفع نفقة وامتنع عن الدفع مع القدرة عليه فالجريمة لا تقوم فى حقه إلا إذا سبق التنبيه عليه بالدفع « المادة ٢٩٣ عقوبات » . وتوقف التاجر عن الدفع حتى يسأل عن جريمة الإفلاس بالتدليس «المادة ٣٢٨ عقوبات» [١٧].

وأيد بعض الفقهاء إعتبار شرط العقاب عنصراً لازماً لقيام الجريمة بحيث لا توجد بدونه ولو توافرت فى الفعل العناصر الأخرى [١٨] بينما ذهب آخرون إلى عدم إعتباره كذلك فهو واقعة خارجة عن كيان الجريمة وليس من أركانها وإنما هو مجرد شرط لازم فى سبيل إستحقاق العقاب عليها » [١٩] .

والباحث يرى أن الجريمة تقوم على ركنين أساسيين هما الركن المادي والركن المعنوي بمفهوميهما السابقين حيث يرى أن الركن الشرعي « أمر خارج عن مكونات الجريمة منفي التجريم هو الذى يخلق الجريمة .. كما عدم مشروعية الفعل وصف يلحقه نتيجة لتعارضه مع مقتضى النص الجنائي ومن ثم لا يمكن إعتباره ركنا مستقلاً عن الفعل يضاف إليه فى بناء الجريمة لأن الصفة لا تنفصل عن الموصوف وإنما تدمج فيه » (٢٠) .

« كما يرى أن العنصر المفترض مجرد تطبيق لأحد أركان الجريمة وقد يكون جزءاً من الركن نفسه وهو نفس الرأي بالنسبة لشرط العقاب حيث لا يمكن إعتباره ركناً مستقلاً بل مجرد تطبيق لأحد ركني الجريمة » .

٤ - مبدأ شرعية الجريمة والعقاب :

ومن تعريف الجريمة أيضاً يتضح لنا « أن القانون هو المصدر الوحيد للتجريم فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني وهذا هو ما يعرف بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومؤداه أن كل فعل لم يحظره القانون فى أحد نصوصه ولم يفرض له عقوبة محددة لا يصح إعتباره جريمة ولا يمكن تحميل مرتكبه مسئولية جنائية (٢١) .

وقد حرصت الدساتير المصرية منذ سنة ١٩٢٣ على تأكيد هذا المبدأ وتنص عليه صراحة المادة ٦٦ من الدستور الدائم المعمول به حالياً حيث، تنص « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على القانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » .

ويتضح من التعريف أيضاً أن علة التجريم « إنطواء الفعل المجرم على مساس بحق أو مصلحة يعتد بها القانون ويستهدف كفالتها بتجريم هذا الفعل وينبني على هذا أن الفعل الذى يعد جريمة فى الظروف العادية قد يقع فى ظروف خاصة لا ينطوي فيها على مساس بالمصلحة المحمية أو يحقق مصلحة أخرى أولى منها برعاية القانون وحينئذ تنتفي علة التجريم فتسقط عن الفعل صفة الجريمة وهذا هو الأساس الذى تقوم عليه نظرية أسباب الإباحة التى سيتحدث عنها المبحث الثاني من هذا الفصل .

المبحث الثاني
أسباب الإباحة

١ - أقسام الفعل المباح :

« الفعل المباح فى القانون الجزائي نوعان : إما أن يكون مباحاً إباحة أصلية أو مباحاً إباحة طارئة .

أما الأول : فهو كل ما لم ينص القانون على تجريمه أو توقيع العقاب عليه . آخذاً بقاعدة « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني » .

وأما النوع الثاني من المباح فهو المأذون بفعله بعد أن كان ممنوعاً إذا وجد سبب من أسباب الإباحة المنصوص عليها فى القانون قبل حالة الدفاع الشرعي .. فهذا النوع منصوص على تجريمه أصلاً ولكنه يباح عند وجود سبب يقتضي الإباحة وتمتنع المسئولية المدنية والجنائية عليه » (٢٢) .

٢ - أسباب الإباحة كقواعد قانونية :

« يشتمل قانون العقوبات عل نوعين من القواعد الجنائية : قواعد « مجرمة » وقواعد « مرخصة » أو « مبيحة » (٢٣) . ونفس التقسيم ولكن بتعبير آخر إلى « قواعد إيجابية وهي التى تأمر أو تنهى عن سلوك معين ، وقواعد سلبية وهي التى تعطل تطبيق القواعد الإيجابية فى ظل ظروف معينة ومن قبيلها القواعد المبيحة والمعطية » (٢٤) .

« القاعدة المبيحة هى تلك التى ترفع عن سلوك ما وصف الجريمة رغم أنه مما ينطلق عليه فى الأصل هذا

الوصف » [٢٥] . فهي لا تحدد الجريمة والعقوبة بل تبيح فى ظروف معينة إرتكاب للسلوك المكون للجريمة أي أن من شأن هذه القواعد رفع الصفة الإجرامية عن الواقعة برغم إستكمالها من حيث الظاهر لسائر العناصر القانونية اللازمة لقيام الجريمة .. فهي تتضمن ظروف أو وقائع من شأنها أن تنزع عن الفعل غير المشروع أصلاً وصفه الإجرامي وتحيله فعلاً مشروعاً » [٢٦] .
« فالعمل غير المشروع لتعارضه مع قاعدة جنائية تجد ما يبرره فى قاعدة جنائية أخرى تبيحه فالشخص الذى يقع عليه الإعتداء بجريمة يمكن تحت شروط معينة – أن يدفع الإعتداء بفعل يعد فى الظروف العادية جريمة ولا يعد الفعل حينئذ جريمة لوجود قاعدة قانونية تبيح الدفاع الشرعي متى توافرت عناصره » [٢٧] .

وهذا يعني أن الفعل لا يوصف بأنه غير مشروع إلا إذا ثبت أنه لا يخضع لسبب إباحة وعلى أساس من هذه الفكرة نستطيع تحديد الدور القانوني لسبب الإباحة : يفترض سبب الإباحة خضوع الفعل لنص تجريم وإكتسابه إبتداء صفة غير مشروعة وينحصر الدور القانوني لسبب الإباحة فى إخراج الفعل من نطاق نص التجريم وخلع الصفة غير المشروعة عنه ورده إلى أصله من المشروعية .. ويتضح بذلك أن نصوص التجريم ليست مطلقة فثمة قيود تحد من نطاقها فتخرج منه أفعالاً كانت داخلة فيه وهذه القيود هي أسباب الإباحة » [٢٨]

« والأصول التى تتجرد فيها الواقعة من صفتها الإجرامية على الرغم من إستكمالها شكلاً سائر العناصر التى تلزم لإعتبارها جريمة يجرى فى المصطلح الفقهي العربي تسميتها بحالات أو أسباب الإباحة ويسميها بعض هذا الفقه بأسباب التبرير ، والأدق من الوجهة العلمية عند البعض تسميتها بحالات إنعدام الصفة الإجرامية أو المشروعية وأياً كانت التسمية المختارة لهذه الحالات فإنها فى جوهرها ظروف أو أحداث أو مواقف معينة تلابس واقعة لها – شكلا – المظهر الخارجي للجريمة فتمحو عنها صفة عدم المشروعية الجنائية وتحيلها واقعة مشروعة » [٢٩] . بل هناك من يرى « أن الواقعة فى حالات الإباحة تكون مشروعة شكلاً وموضوعاً فى مواجهة الكافة » [٣٠] .

نخلص مما سبق « أن أسباب الإباحة لا تمحو الجريمة بعد سبق وجودها ولا تنهي حق الدولة فى العقاب بعد نشأته بل تحول دون قيام الجريمة إبتداءً وبالتالي دون وجود العقوبة فهي إذ ترد على الفعل تحيله فعلاً مشروعاً من بداية نشوئه » [٣١] .

٣ - *الأساس المنطقي لأسباب الإباحة* :-

والأساس المنطقي لأسباب الإباحة يقوم على أن المشرع « يستهدف من القواعد الجنائية الإيجابية أي من نصوص التجريم حماية مصالح المجتمع وضمان المحافظة على حقوق وسلامة الأفراد غير أن السلوك قد يباشر فى ظروف لا يصح فيها تطبيق نص التجريم لأن تطبيقه فى هذه الظروف لا يحقق الغرض الذي يستهدفه المشرع أو لأن إباحة السلوك فى هذه الأحوال تحقق للمجتمع مصلحة أولى بالرعاية من المصلحة التى تتحقق لو أعمل نص التجريم» [٣٢] . « وأساس ذلك إنتفاء علة التجريم فى الظروف التى ارتكب فيها الفعل » [٣٣] .
« ومن هنا يتبين قيام التناسق بين نصوص التجريم ونصوص الإباحة فالأولى يبتغى بها المشرع تحقيق هدف معين ، والثانية تحول دون تطبيق نصوص التجريم إذا بوشر السلوك فى ظروف ينتفي فيها تحقيق هذا الهدف » [٣٤] .

٤ - *علة الإباحة* :

« إختلفت آراء الفقهاء فى تحديد العلة التى بسببها تثبيت صفة الإباحة لسلوك غير مشروع أصلاً فإتجه رأي إلى تفسير ذلك بأن الفعل المطابق لنموذج الجريمة لا

يكون تعدياً أو بغياً متى بدا وسيلة ملائمة لتحقيق أو بلوغ الحياة الاجتماعية المنظمة بواسطة الدولة . . وأرجع رأي آخر هذه العلة إلى إنتفاء المصلحة من التجريم وحماية المصلحة الغالبة . . وعند فريق آخر من الفقهاء هي إنتفاء القصد والغاية والباعث الإجرامي [٣٥] « فعلة التجريم وعلة الإباحة مرتبطتان بحيث يمكن إستخلاص ثانيتهما من أولاهما ، فعلة التجريم هي حماية حق أو مصلحة فعلة تجريم القتل هي حماية الحق في الحياة ، وعلة تجريم الضرب أو الجرح هي حماية الحق في سلامة الجسم ، وعلة تجريم السرقة هي حماية الملكية .. وعلة الإباحة هي إنتفاء علة التجريم أي كون الفعل المباح لا يتاح بالإعتداء حقاً ، وفي عبارة أخرى نقول أن الإباحة حكم يستنتج - بمفهوم المخالفة - من نص التجريم إذا ما إنتفت علته .. وإنتفاء علة التجريم يتحقق في حالتين : حالة مباشرة إذا ما ثبت أن الفعل الذي كان الأصل فيه يهدد حقاً لم يؤد في ظروف معينة يعد منتجاً هذا الإعتداء . . وحالة غير مباشرة إذا ماثبت أن الفعل لا يزال ينتج الإعتداء ولكنه في الوقت نفسه يصون حقاً أجدر بالرعايا ويعني ذلك أن الفعل - وإن أنتج إعتداء على حق معين فهو لا ينتج إعتداء على حقوق المجتمع في مجموعها . . ويعني ذلك إنتفاء علة التجريم كالحالة الأولى سواء بسواء ، والفرق بين الحالتين أننا نستطيع في الحالة الأولى إستخلاص سبب الإباحة بمجرد الرجوع إلى نص التجريم أما الحالة الثانية فتفترض رجوعاً إلى النظام القانوني في مجموعه ومقارنة بين الحق المعتدي عليه ، والحق المصان ، وترجيح ثانيهما على أولهما فالحالة الأولى تستند إلى مبدأ إنتفاء .. الحق والحالة الثانية تستند ألى مبدأ رجحان الحق .. والتمييز بين الحالتين هو في رأينا التقسيم العلمي لأسباب الإباحة وهو السبيل إلى تحديد علتها » [٣٦] .

٥ - *طبيعة أسباب الإباحة* :

« ولأسباب الإباحة طبيعة موضوعية - لا شخصية - من وجهتين **أولهما** من حيث كيانها الذي لا يضم أصلاً عناصر شخصية **وثانيهما** من حيث أثرها الذى ينصرف إلى الفعل لا إلى شخص الفاعل » [٣٧] . « ذلك فإن الكشف عنها لا يعدو أن يكون خلاصة مقارنة بين قاعدتين أحدهما قاعدة تجريم والأخرى قاعدة إباحة دون أن يتطلب أصلاً بحثاً في نفسية الجاني » [٣٨] « فإباحة الفعل هي نتيجة تصادم قاعدة تجريم مع قاعدة إباحة وأن الإباحة تعد لذلك ذات طبيعة موضوعية » [٣٩] .

وهناك من حدد طبيعة أسباب الإباحة على أنها ظروف شخصية ذات أثر موضوعي فهي شروط تتعلق بالحق القانوني وحسب نية إستعماله وعدم تجاوز حدوده وكل ذلك مما يتصل بشخص مرتكب السلوك ولا يتعداه إلى غيره أما الأثر الموضوعي فيتمثل في أن تحقق أحد هذه الظروف يعني إنعدام معنى الجريمة أو الإجرام في جملته أي بجانبيه المادي والمعنوي مما مفاده إنتفاء كل المسئولية » [٤٠] .

« أما الطابع الموضوعي لآثار الإباحة والذى يعني تعلق هذه الآثار بالتكييف القانوني للفعل دون أهلية المتهم للمسئولية الجنائية » [٤١] .

« على أن هناك إستثناءات ترد على هذه القاعدة فبعض أسباب الإباحة يعتد فيها بعناصر شخصية كحالة الشخص الذي يرتكب فعلاً يعد جريمة وهو ينفذ أمراً صادراً إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو تنفيذاً لما يأمر به القانون ففي هذه الحالة لابد أن يكون الشخص حسن النية معتقداً أنه ينفذ أمراً مشروعاً « المادة ٦٣ » ولكن فيما عدا ما نص عليه صراحة في هذا الشأن لا تكون لحالة الشخص النفسية أو قدرته على الإدراك والإختيار أي تأثير في توافر سبب الإباحة [٤٢] .

« وللطابع الموضوعي لأسباب الإباحة نتائج عدة أهمها أن تأثير سبب الإباحة يمتد إلى كل شخص ساهم فى الجريمة وأن الجهل بالإباحة لا يحول دون الإستفادة منها وأن الغلط فى الأباحة لا يعدل الإباحة ذاتها » (٤٣) .

« وأسباب الإباحة قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية فالسبب المطلق « هو الذي يستفيد منه الناس كافة كالدفاع الشرعي أما السبب النسبي فيستفيد منه أشخاص معينون كالخصم الذى يقذف خصمه أثناء دفاعه أمام المحكمة ، « المادة ٣٠٩ عقوبات » وكالطبيب الذي يقوم بإجراء العمليات الجراحية » (٤٤)

٦ - *مصادر الإباحة* :

« تذهب قلة من التشريعات من بينها قانون العقوبات السوفيتي « المادة ٧ الفقرة ٢ » وقانون العقوبات المجري « المادة ١٤ فقرة ١ » إلى تخويل القاضي الحق فى عدم تطبيق نص التجريم وإعتبار السلوك مباحاً إذا تجرد من الخطر الإجتماعي .. غير أن أغلب التشريعات ومن بينها القانون المصري لا تتضمن نصاً مماثلاً وتكتفي بإيرادأسباب معينة لإباحة السلوك وجعله مشروعاً .. ويذهب الرأي السائد فى الفقه والقضاء على أن النصوص الخاصة بأسباب الإباحة إنما وردت على سبيل الحصر فلا يجوز للقاضي أن يعتبر سلوكاً مباحاً إلا بناء على أحد الأسباب الواردة فى القانون وذلك على أساس أنه لا يجوز تعطيل نص التجريم إلا إستناداً على نص آخر » (٤٥). « فإذا كان المشرع هو الذي يحدد الأفعال غير المشروعة لإعتدائها على المصالح التي أراد حمايتها جنائياً فمن الطبيعي أن يكون هو وحده الذي يقدر الظروف التى تبيح للفرد الإضرار بها ولذلك فإن أسباب الإباحة لابد أن تكون واردة على سبيل الحصر غير أن حصرها لا يتعارض ومكنة تفسير القواعد المبيحة بالإلتجاء للقياس لأن القياس المحظور هو فقط فى محيط القواعد التجريمية » (٤٦) .

ولكن فريق آخر لا يرى أن النصوص التشريعية وحدها هي مصدر الإباحة « فقد يكون العرف مصدر لها وأن القياس جائز فى تفسير نصوصها وعلة ذلك أننا فى مجال الإباحة غير مقيدين بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذ لن يؤدي الإعتداد بالعرف أو الإعتماد على القياس إلى خلق جرائم أو تقرير عقوبات .. بل يمكن الذهاب لأكثر من ذلك فنقرر أن ليس بشرط أن يستند سبب الإباحة إلى مصدر قانوني معين فقد يستخلص من مجموع النصوص القانونية وقد يرجع إلى المباديء العامة للنظام القانوني وروحه .. فلا يشترط أن ينص القانون صراحة على سبب الإباحة وأن موضع أسباب الإباحة قد يكون قانون العقوبات وقد يكون فرعاً سواه من أفرع القانون » (٤٧) ومما تقدم خلافاً للرأي السائد فى الفقه والقضاء نرى أن أسباب الإباحة لم يحددها الشارع على سبيل الحصر » (٤٨) .

« فأسباب الإباحة يمكن أن تستمد من أي تشريع غير جنائي أو حتى من قاعدة قانونية غير مفرغة فى نص تشريعي فإباحة السلوك غير المشروع على ذلك يمكن أن تستخلص من العرف أو من القواعد التى يطبقها القاضي عندما يتعرض كمقنن لسد نقص تشريعي » (٤٩) .

٧ - *أحكام متعلقة بالإباحة* .

بقيت عدة أحكام متعلقة بأسباب الإباحة موجزها على النحو التالي : -

١ - نطاق آثار الإباحة :

« إذا توفر سبب الإباحة فصار الفعل مشروعاً إستفاد من ذلك كل من ساهم فيه ، لا فرق فى الأصل بين فاعل وشريك .. وتفسير ذلك أن الفعل المشروع لا

يصلح محلاً للمساهمة الجنائية سواء أكان المساهم فاعلاً أم شريكاً » .. ولا يخرج عن ذلك إلا « إذا كان سبب الإباحة نسبياً فلا يستفيد منه من ساهم فى الفعل كفاعل له إلا من يقرر له القانون الإباحة وأما غيره فلا يستفيدون منه فالعمل الطبي أو الجراحي لا يباح إلا لطبيب فإن باشره غيره كان فعله غير مشروع ولكن من يساهم فى الفعل كشريك يستفيد من الإباحة ولو كان لا يحمل الصنعة أو يحتل المركز الذي يحدده القانون » (٥٠) .

« وهناك رأي يرى أن الشريك يسأل بحسب قصده فإذا كان حسن النية لا يسأل أما لو كان سيىء النية فإنه يسأل ولا يستفيد من إباحة فعل الفاعل لعدم توافر شروط الإباحة بالنسبة له لسوء نيته » (٥١) .

٢ - الجهل بالإباحة :-

وهي حالة يطلق عليها بعض فقهاء القانون المصري إسم الجريمة الظنية أو الوهمية ويصفها البعض بالجريمة التصورية وتعني « عدم علم مرتكب الفعل بوجود سبب من أسباب الإباحة على الرغم من توافر هذا السبب حقيقة وفعلاً فى دنيا الواقع وصدور الفعل عنه تبعاً لذلك وهو معتقد عدم مشروعيته وتشكيله لجريمة .. أي يأتي الفعل وهو معتقد أنه يرتكب جريمة » (٥٢) . والقاعدة أن الأصل فى الجهل بالإباحة أنه لا يحول دون توافرها » ، فمتى توافر سبب الإباحة أنتج أثره بطريقة موضوعية « فأسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تجعل الفعل مشروعاً فى ذاته سواء علم توافر سبب الإباحة أو جهل قيامه فهو يصبح مباحاً فى الحالتين .. وهذا الرأي عليه غالبية الفقه المصري » (٥٣) .

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن « الواقعة تعد جريمة إذا لم يكن الفاعل يعلم سبب الإباحة ويريد إعماله » (٥٤) وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية « إشتراط العلم بتوافر سبب الإباحة حتى يتاح للمتهم أن يستفيد منه » (٥٥) .

« ومن الفقهاء أيضاً من ذهب إلى إعتبار الواقعة المرتكبة نتيجة الجهل بالإباحة جريمة ولكن ما ينسب إلى فاعلها هو - فحسب - الشروع فيها تأسيساً على أن الفاعل قد يباشر تنفيذ الفعل بقصد إرتكاب جريمة إلا أن أثر هذه الجريمة قد خاب لما تبين - فيما بعد - من أنها تمثل فعلاً مباحاً » (٥٦) .

٣ - الغلط فى الإباحة :-

« يقصد بالغلط فى الإباحة إعتقاد الفاعل وجود سبب للإباحة مكتمل الشروط فى حين لا يكون لهذا السبب وجود فى الحقيقة وهو صورة عكسية لصورة الجهل بالإباحة .. فهل يعتد القانون بذلك الإعتقاد الوهمي ؟.

« قررت بعض التشريعات صراحة الإعتداد بالغلط فى الإباحة وتسوي بينه وبين الإباحة ذاتها فى الأثر ومن ذلك القانون الإيطالي « مادة ٥٩ عقوبات » والقانون اليوغسلافي « مادة ٩ عقوبات » .. أما القانون المصري فلم يضمن نصوصه قاعدة عامة تحكم هذه المسألة ... » ولكن ورد الإعتداد بها فى بعض مواد قانون العقوبات مثل « مادة ٦٣ » الخاصة بالموظف الأميري « والمادتين ٢٤٩ - ٢٥٠ » الخاصتين بالدفاع الشرعي .. وأحكام هاتين الحالتين تعبر حسبما يرى الفقه السائد وكما يرى القضاء كذلك عن إتجاه عام للمقنن المصري فى التسوية بين الغلط فى الإباحة والإباحة ذاتها من حيث الأثر طالما كان مبنى الغلط أسباب معقولة تبرر وقوع الإنسان العادي لو وجد فى نفس الظروف فى نفس الغلط .. » (٥٧) .

« فالغلط فى الإباحة بنفيه القصد الجنائي والخطأ غير العمدي يهدم الركن المعنوي للجريمة فلا يكون محلاً لقيام المسئولية الجنائية وتوقيع العقاب وإذا نفي الغلط فى الإباحة القصد الجنائي دون الخطأ غير العمدي فهو

يحول دون قيام المسئولية الجنائية العمدية ولكن لا يحول دون قيام المسئولية الجنائية غير العمدية إن توافرت سائر ظروفها » [٥٨] .

« فالغلط فى الإباحة إن وقع من الشخص المعتاد فهو ينفي القصد الجنائي والخطأ غير العمدي أي أنه ينصب على الركن المعنوي فيلغيه فلا تقوم المسئولية عن الجريمة وإذا كان الغلط فى الإباحة لا يقع فيه الشخص المعتاد فإنه ينفي القصد الجنائي دون الخطأ غير العمدي فهو يحول دون قيام المسئولية الجنائية العمدية ولكن لا يحول دون قيام المسئولية غير العمدية إذا كان القانون يعاقب على النتيجة التى حدثت بإعتبارها جريمة خطئية » [٥٩] .

٤ - تجاوز حدود الإباحة :

« يقصد بتجاوز حدود الإباحة تلك الحالة التى يتوافر فيها سبب الإباحة ولكن يخل الفاعل بأحد الشروط التى يعلق عليها القانون إنتاج السبب لأثره فلا تسقط عن الفعل صنعة الجريمة على أن تجاوز حدود الإباحة قد يكون بحسن نية بمعنى أن يكون الفاعل قد ارتكبه عن إعتقاد مخالف للواقع بأنه يأتيه فى الحدود المقررة للإباحة وحينئذ يكون الدافع إلى الفعل غلط فى الإباحة إذ مضى فيه الفاعل إعتقاداً منه على خلاف الحقيقة بأن هناك مايبيحه فى الصورة الى إنتهى إليها » [٦٠] .

والقاعدة أن « للإباحة حدود يتعين الإلتزام بها حتى يصبح السلوك مشروعاً أما إذا تجاوز الفاعل الحدود المقررة للإباحة فإن سلوكه يظل غير مشروع » [٦١] .

« فإذا كان الجاني قد تعمد تجاوز حدود الإباحة فإنه يسأل عن النتيجة التى تحدث بوصف العمد .. أما إذا كان التجاوز قد حدث خطأ فإن الجاني يسأل عن النتيجة التى تحدث بإعتبارها جريمة خطئية .. أما لو كانت النتيجة التى يحدثها أحد المتجاوزين لحدود الإباحة لا يعاقب عليها القانون بإعتبارها جريمة خطئية فإن الجاني يظل مسئولاً عن جريمة عمدية لأن الأفعال المتجاوز بها حدود الإباحة هي أفعال غير مشروعة وإن كان للقاضي أن يخفف عقوبته فى حدود سلطته التقديرية » [٦٢] .

« ولا يوجد في القانون المصري نص يتضمن هذا الحكم العام وكل ماورد هو نص المادة ٢٥١ الخاصة بتجاوز حدود الدفاع الشرعي ولذلك فإن ماعدا هذه الحالة يخضع للقواعد العامة » [٦٣] .

٨ - أنواع أسباب الإباحة :

أهم تقسيمات أسباب الإباحة تقسيمان هما التمييزين الأسباب العامة والأسباب الخاصة .. والتمييز بين الأسباب المطلقة والأسباب النسبية ..

فأسباب الإباحة العامة يتصور توافرها بالنسبة لكل الجرائم ، أما الأسباب الخاصة فلا يتصور توافرها إلا بصدد جريمة أو جرائم محددة ، فالدفاع الشرعي سبب عام للإباحة إذ يبيح كل فعل تتوافر له شروطه أما حق الدفاع أمام المحاكم « المادة ٣٠٩ع » فهو سبب خاص للإباحة إذ لا يبيح غير القذف والسب والبلاغ الكاذب .. والتمييز بين أسباب الإباحة المطلقة وأسباب الإباحة النسبية ضابطه أن الأولى قد يستفيد منها أي شخص كالدفاع الشرعي في حين أن الثانية لا يستفيد منها إلا شخص يحتل مركزاً معيناً أو يحمل صفة معينة ومثالها إستعمال السلطة إذ لا يستفيد منه غير من كان موظفاً عاماً » [٦٤] .

٩ - أسباب الإباحة فى القانون المصري ..

« لم ترد أسباب الإباحة فى قانون العقوبات المصري فى موضوع واحد بل نصت على بعضها المادة ٦٠

« الخاصة بإستعمال حق مقرر بمقتضى الشريعة » المادة ٦٣ « الخاصة بإستعمال الموظف العمومي سلطته فى الباب التاسع من الكتاب الأول من القانون تحت عنوان أسباب الإباحة وموانع العقاب [٦٥] . . بينما ورد الدفاع الشرعي فى المادة ٢٤٥ وما بعدها فى الباب الأول من الكتاب الثالث الخاص بجرائم القتل والجرح والضرب . . كما وردت بعض أسباب خاصة للإباحة فى الموضع المتعلق بالجريمة التى يبيحها السب مثل المادة ٣٠٩ التى تبيح القذف والسب فى الدفاع أمام المحاكم وهذه الأسباب جميعها يمكن أن ترد إلى أربع أسباب لتسهيل بحثها هي :

١ - إستعمال السلطة .

٢ - أداء الواجب .

٣ - الدفاع الشرعي .

٤ - رضاء المجني عليه .

وسوف نتناول فى الفصول التالية الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة وهو موضوع بحثنا . .

الفصل الثاني

الدفاع الشرعي فى القانون الوضعي

المبحث الأول : الدفاع الشرعي كسبب إباحة .

المبحث الثاني : أركانه وشروطه .

المبحث الثالث : قيود الدفاع الشرعي .

المبحث الأول

الدفاع الشرعي كسبب إباحة

١ - *ماهية الدفاع الشرعي* :-

« الدفاع الشرعي هو إستعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقاً يحميه القانون . . فالشارع لا يلزم من يتهدده الخطر بأن يتحمله ثم يبلغ السلطات العامة لتتولى توقيع العقاب على المعتدي ولكنه يبيح له أن يتولى بنفسه دفع الخطر عن طريق كل فعل يكون ضرورياً وملائماً لذلك ودفع الخطر يكون بالحيلولة بين المعتدي والبدء فى عدوانه أو الإستمرار فيه إن بدأه فعلاً » [٦٦] .

« ويستند الدفاع الشرعي إلى غريزة طبيعية فى النفس البشرية حين تكون مهددة بالإعتداء كما يستند إلى منطق الأمور فى الوقت ذاته إذ من غير المعقول أن يلزم المقنن الأفراد بتحمل الإعتداء غير المشروع من الغير . . وفى ذلك يقول العلامة بنتام : إن يقظة القضاء لا يمكن أن تغني إطلاقاً عن يقظة كل إنسان على الحرص على ذاته فالخوف من القانون لا يمكن على الإطلاق أن يحول دون الأشرار إلى حد يخشى له فيه المقاومة الفردية للمعتدي عليه فإذا حرمت الفرد من هذا الحق فإنك بذلك تصبح شريكاً لكل الأشرار . أ . هـ يضاف لما سبق أن القانون عندما يكون بين باغ يهم بالإعتداء وآخر مقصود بالبغي يجعل مصلحة المعتدي عليه أولى بالرعاية من مصلحة المعتدي » [٦٧] .

« والدفاع الشرعي سبب إباحة وليس هدفه الإجتماعي تخويل المعتدي عليه سلطة توقيع العقاب على المعتدي أو الإنتقام منه وإنما هدفه مجرد وقاية الحق من الخطر الذى يتعرض له أي منع إرتكاب الجرائم أو منع التمادي فيها . . ومن ثم فهو ليس ضرباً من الإنتقام أو إقتصاص الانسان لنفسه لإعتداء وقع عليه وإنما هو مقرر لدرء إعتداء واقع أو وشيك الوقوع عليه ولا يحول بالتالي دون عقاب المعتدي بعد دفع الخطر . . وقد أكدت محكمة النقض على ذلك مراراً بقولها « إن حق الدفاع الشرعي لم يشرع لمعاقبة معتد على إعتدائه وإنما شرع لرد العدوان أ. هـ » [٦٨]

وقد يبدو الدفاع الشرعي للبعض على أنه تفويض قانوني للأفراد بإستعمال سلطة الضبطية الإدارية فى منع الجرائم فى الحالات التى يستحيل فيها درء الاعتداء بالإلتجاء إلى السلطات العامة وهذا غير صحيح لأن الدفاع الشرعي ليس واجباً مفروضاً على المدافع وإنما هو رخصة له أن يستعملها دون أن يتعرض لأية مسئولية » (٦٩).

٢ - *التكييف القانوني للدفاع الشرعي :-*

« الدفاع الشرعي حق تخوله المبادىء القانونية العامة للمدافع لإستعمال القوة اللازمة لدرء إعتداء غير مشروع يوشك أن يقع أو للحيلولة دون إستمراره ووصفت المواد من ٢٤٥ إلى ٢٥١ من قانون العقوبات الدفاع الشرعي بأنه حق » (٧٠) .. وهو حق عام يقرره الشارع فى مواجهة الكافة ويقابله إلتزام الناس بإحترامه وعدم وضع العوائق فى طريق إستعماله ولذلك يعد غير مشروع كل فعل يعوق ذلك الإستعمال .. بل إن المعتدي لو قاوم أفعال الدفاع - طالما كانت فى حدود الحق - فمقاومته غير مشروعة لأنها إعتداء على الحق الذي يقرره القانون »(٧١) .. و « إعتبار الدفاع حقاً قرره القانون للمدافع يستخلص من النصوص التي نظمت أحكام هذا السبب من أسباب الإباحة إذا استعملت جميعاً عبارة " حق الدفاع الشرعي » (٧٢) .

« ويذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الدفاع الشرعي رخصة تجيز للمدافع رد الإعتداء وليس حقاً لأن الحق يقتضي قيام رابطة بين دائن ومدين معين ويرى هؤلاء أن اعتبار الدفاع الشرعي حقاً تترتب عليه نتيجة لأن من التسليم بها - من وجهة نظرهم - وهو أن حق المدافع يقابله إلتزام المعتدي بتحمل الدفاع وأن هذا الأخير يكون مسئولاً عن التعويض إذا عاق المدافع عن الدفاع الشرعي » (٧٣) . ويرد على هؤلاء « بأن هذه النتيجة ثابتة ومعترف بها فالمعتدي ملزم بتحمل أفعال الدفاع مادامت لم تتجاوز حدود الحق .. » (٧٤) « كما أنه ليس حقاً مالياً شخصياً إذ وسع لا يفترض وجود مدين يقتضي منه صاحب الحق حقه » (٧٥) .

« وهناك إتجاه متأثر بما ساد فى تشريعات الثورة الفرنسية وقانون العقوبات الفرنسي الصادر ١٨١٠م يعتبر الدفاع الشرعي ليس فقط ممارسة لحق بل قياماً بواجب تفرضه متطلبات العدالة والمصلحة الإجتماعية للحيلولة دون المعتدي والإستمرار فى إعتدائه .. وهم لا يقصدون الواجب القانوني الذي يرتب القانون على عدم القيام به توقيع جزاء وإنما هو واجب إجتماعي يمليه الحرص على صيانة الحقوق ذات الأهمية الإجتماعية » (٧٦) .

والصحيح « أن الدفاع الشرعي حق مقرر بمقتضى المبادىء العامة للقانون حيث لا يستند فى نشوئه على نص قانوني معين فدور النصوص فى هذا الشأن قاصر على مجرد تنظيم حق الدفاع وليس تقريره فهي تبين شروط الحق وحدوده حتى يمكن التفرقة بين حق الدفاع المشروع وبين الإنتقام غير المشروع » (٧٧) .

٣ - *علة الإباحة فى الدفاع الشرعي :-*

على أي أساس اعتبر الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة ؟ والجواب هنا يبحث عن علة الإباحة فى الدفاع الشرعي .. ومن ثم إختلفت الآراء وتباينت حول ذلك الأمر .

« فالرأي السائد فى الفقه هو الذى يرجع أساس إباحة أفعال الدفاع إلى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة وترجيح أحقها بالرعاية ومما لا شك فيه أن مصلحة المدافع تعلو على مصلحة المعتدي ، فما يصيب المعتدي من ضرر بسبب إعمال الدفاع إنما يحدث دوماً لإعتدائه ولذلك كان من المتعين إيثار المدافع بأن يزيل القانون عن عمله الصفة غير المشروعة حتى يمكن من دفع الإعتداء ومن ناحية أخرى فإن أفعال الدفاع ليست

إلا سلوكاً يقوم به الرجل المعتاد حين يجد نفسه مهدداً بإعتـداء ومن ثم كـان من اللازم أن يرفع عن هـذا السلوك وصف عدم المشروعية » (٧٨) .

« وذهب رأي إلى إعتبار المدافع فى حالة إكراه تؤدي إلى إنتفاء المسئولية الجنائية .. ويعيب هذا الرأي أنه فى كثير من حالات الدفاع لا تنفي قدرة المدافع على الإختيار كما لو قام بالدفاع عن الغير أو كان الإعتداء يسيراً لا يؤثر على إرادته (٧٩) .

« وذهب رأي آخر إلى القول بأن أساس الإباحة هو مقابلة الشر بالشر . . فثمة مقاصة بين أذى الإعتداء وأذى الدفاع تجعل تدخل القانون بالعقاب غير ذى محل ويعيب هذا الرأي أنه يجعل الدفاع نوعاً من العقاب يوقعه المدافع علي المعتدي فى حين أنه لا يستهدف عقاباً ولكن مجرد وقاية الحق من خطر يهدده ، ثم إن فكرة مقابلة الشر بالشر تتطلب تعادلاً بين الإعتداء والدفاع وهو ما يندر أن يتحقق . .

وذهب رأي إلى القول بأن الدفاع هو إقرار لحكم القانون ذلك لأن الإعتداء نفى لحكم القانون والدفاع نفى لهذا النفي فهو حكم القانون بعينه . . ويعيب هذا الرأي أنه إذا كان الدفاع إقراراً لحكم القانون فلا يكون محل لتوقيع العقاب علي المعتدي إذ يكون الدفاع جزاءً قانونياً كافياً لفعله وليس ذلك صواباً لأن الدفاع لا يجرد الإعتداء من صفته غير المشروعة » (٨٠) .

٤ - الدفاع الشرعي وحالة الضرورة :-

« يقول كثير من الفقهاء إن الدفاع الشرعي نوع من الضرورة وهذا القول هو السائد فى الفقه الألماني حيث يطلق على الدفاع الشرعي وحالة الضرورة تعبير « حق الضرورة » . . ولعل ذلك ناتج عن أن الدفاع الشرعي يفترض التهديد بخطر ثم دفعه عن طريق فعل يمس حق الغير وهو نفس ما تفترضه حالة الضرورة .. ومع ذلك فالدفاع الشرعي يتميز عن حالة الضرورة بتكييفه القانوني ويختلف عنه فى بعض شروطه . .

فالدفاع الشرعي سبب إباحة أما حالة الضرورة فهي - فى القانون المصري - مجرد مانع من المسئولية . . ويعني ذلك أن فعل المدافع مشروع ولكن فعل من يوجد فى حالة ضرورة غير مشروع وإن إمتنعت مسئولية مرتكبه وعلى هذا النحو كان الدفاع الشرعي صورة ممتازة من صور الضرورة ويرجع هذا الفارق إلى كون الخطر فى الدفاع الشرعي صادراً عن فعل غير مشروع فى حين لا يصدر عن مثل هذا الفعل فى حالة الضرورة فقد يكون ناشئاً عن قوى الطبيعة أو عن فعل لم يجرمه القانون ومن ثم كـان المدافع صاحب حق فى أن يدفع الجريمة التى تهدده إذ أن المعتدي أولى بأن ترتد إليه الآثار الضارة لفعله ، أما من يوجد فى حالة ضرورة فليس له حق فى أن يتخلص من الخطر عن طريق وضع شخص بريء فيه ، فإن فعل مسلكه غير مشروع ولكن يلتمس له العذر فتمتنع مسئوليته عنه . فحق المعتدي عليه يفوق - من حيث القيمة الإجتماعية - حق المعتدي ولكن الحقين يتساويان فى حالة الضرورة .. بالإضافة إلى ذلك فثمة فروق أخرى بين الوضعين فالدفاع الشرعي يباح دفاعاً عن النفس والمال ، فى حين لا محل لحالة الضرورة إلا إذا هدد الخطر النفس . . يستوي فى الدفاع الشرعي الخطر جسيماً كان أم بسيطاً ولا يلتزم المدافع بالهرب فى حين يتعين عليه ذلك إن كان هو الوسيلة للتخلص من الخطر الذى نشأت به حالة الضرورة » (٨١) .

٥ - الأثر القانوني لتوافر حق الدفاع الشرعي :-

« إذا توافرت الشروط التى يستلزمها القانون لقيام حق الدفاع الشرعي ولم يخرج المدافع عن القيود التى فرضها القانون على استعمال هذا الحق كان سلوكه مباحاً فلا تترتب عليه أية مسئولية جنائية أو مدنية لأن من قام به إنما استعمل حقاً مقرراً بالقانون . . ويترتب

على كون سلوك المدافع مشروعاً أن كل من يساهم فيه لا يسأل هو الآخر لأنه يساهم فى سلوك مباح فمن يعطي سلاحاً لمن يدافع به عن نفسه أو يساعد فى تعطيل حركة المعتدي لا يعد مساهماً فى جريمة وفضلاً عن ذلك فهو فى موقف المدافع تماماً لأن الدفاع عن الغير كالدفاع عن النفس بنص القانون » [٨٢] . « بل فى وسع المدافع عن غيره أن يحتج بسبب إباحة خاصة به على فعله مباشرة » [٨٣] .

٦ - *الغلط فى الدفاع الشرعي* :-

ما هو الحكم إذا أصاب المدافع حق غير المعتدي سواء كان بعمد أو بغير عمد ؟.

يحدث ذلك عندما يمارس المدافع حقه فى الدفاع الشرعي « فيصيب حقاً لشخص آخر خلاف المعتدي إما بسبب غلط فى الشخص أو غلط فى توجيه الفعل ومثال الغلط فى الشخص حالة من يتعرض للإعتداء أثناء مروره ليلاً فى طريق مظلم فيطلق النار على شخص يسير خلفه ظناً منه على خلاف الواقع أنه من اعتدى عليه وأنه سيستمر فى عدوانه بينما كان المعتدي شخصاً آخر . أما الغلط فى توجيه الفعل فمثالة أن يطلق المعتدي عليه عياراً نارياً على المعتدي ولكن بسبب عدم إحكام التصويب يصيب العيار شخصاً آخر تصادف وجوده على مقربة من المعتدي ..

ذهب رأي إلى أن فعل الدفاع يكون مباحاً فى الحالتين على السواء طالما أن إصابة غير المعتدي لم تكن راجعة إلى خطأ من المدافع . غير أن هذا الرأي لا يتمشى مع الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي فأساس إباحة الدفاع الشرعي هو المفاضلة بين مصلحة المعتدي ومصلحة المعتدى عليه والتضحية بالأولى فى سبيل كفالة الثانية ، ومن ثم لا يبيح الدفاع المساس بمصلحة لغير المعتدي .. ولهذا نرى أنه إذا أصاب فعل الدفاع - ولو عن غير قصد - حقاً لشخص آخر غير المعتدي كان هذا الفعل غير مشروع ، ووجبت مساءلة المدافع عنه مسئولية غير عمدية كلما أمكن إستظهار خطأ فى مسلكه .. أما إذا تجرد مسلك المدافع من الخطأ بأن كان قد بذل كل ما يبذله الشخص العادي فى نفس الظروف من إحتياط لتوقي الأضرار بمصالح غير المعتدي فإن فعله بالرغم من عدم مشروعيته لا يستوجب مسئولية لإنتفاء الركن المعنوي للجريمة التى حققها هذا الفعل » [٨٤] .

« وقد يجد المدافع نفسه مضطراً إلى المساس بحق الغير كي يستطيع إتيان فعل الدفاع مثال ذلك أن يستولى على طلقات نارية مملوكة للغير كي يعبيء بها سلاحه أو أن يتلف شجرة الغير كي يحصل على عصا يستعملها فى الدفاع .. وحكم القانون فى هذه الأفعال أن الدفاع الشرعي لا يبيحها إذ لم توجه إلى مصدر الخطر ولكن يستطيع المدافع أن يحتج بحالة الضرورة إذ قد إلتجأ تحت ضغطها إلى إتيان هذا الفعل ولذلك كان متعيناً أن تتوافر شروطها ومن أهمها كون الخطر مهدداً للنفس وجسيماً » [٨٥] .

٧ - *إثبات الدفاع الشرعي* :-

« إن الفصل فى توافر حالة الدفاع الشرعي أو عدم توافرها هو فصل فى مسألة موضوعية تتعلق بوقائع الدعوى وظروفها فيخضع بحسب الأصل - للتقدير النهائي لقاضي الموضوع ، ومع ذلك يكون لمحكمة النقض أن تراجع قاضي الموضوع فى تقديره إذا كانت النتيجة التى إنتهى إليها لا تتفق مع ما أثبته الحكم من المقدمات والوقائع التى استخلص منها توافر حالة الدفاع الشرعي أو انتفاؤها ..

وعلى محكمة الموضوع أن تتعرض من تلقاء نفسها لبحث حالة الدفاع الشرعي وأن تفصل فيها إثباتاً أو نفياً إذا كانت وقائع الدعوى كما أثبتتها فى حكمها ترشح لقيام هذه الحالة بحيث إذا تبينت أن المتهم كان

فى حالة دفاع شرعي عاملته على هذا الأساس ولو كان هو أو المدافع عنه قد رأى أن من مصلحته إنكار إرتكاب الواقعة بتاتاً فأصر على إنكارها ولم يتمسك بحقه فى الدفاع الشرعي .

وإذا دفع المتهم بأنه ارتكب الفعل المسند إليه فى حالة دفاع شرعي وجب على المحكمة أن تمحص دفعه وتمكنه من تقديم الأدلة المؤيدة له .. وإذا تبين لها أن الدفع فى غير محله فقضت برفضه كان عليها أن تبين فى حكمها الأسباب التى استندت إليها فى ذلك وإلا كان حكمها معيباً بما يستوجب نقضه .. بشرط أن يكون الدفع جدياً مقترناً بتسليم المتهم أو من المدافع عنه بأنه إرتكب الجريمة المسندة إليه وأنه لم يرتكبها إلا بناء على ما خوله القانون من الحق فى الدفاع عن نفسه أو ماله .. فإذا أنكر المتهم ما أسند إليه ودار دفاع محاميه على الإنكار فإن ما يجيء على لسان المحامي عرضاً وعلى سبيل الفرض والإحتياط من أن المتهم كان فى حالة دفاع شرعي لا يعتبر دفعاً جديداً تلتزم المحكمة بالرد عليه ولا يقبل من المتهم الطعن فى الحكم الصادر عليه بمقولة أنه أغفل الرد على هذا الدفع ..

والدفع بإرتكاب الفعل فى حالة الدفاع الشرعي هو من الدفوع الموضوعية فلا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض مالم تكن الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه دالة بذاتها على توافر حالة الدفاع الشرعي وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الدفع مقبولاً أمام محكمة النقض لأن تقصير المتهم فى دفاعه أمام محكمة الموضوع لا يغير شيئاً من طبيعة فعله ولا يوثر فى تكييفه القانوني » [٨٦] .

٨ - تجاوز حدود الدفاع الشرعي وما يرتبط به من أحكام.

تعريفه : « يقصد بتجاوز حدود الدفاع إنتفاء التناسب بين الدفاع والخطر الذى يهدد المدافع وذلك بالرغم من توافر شروط الدفاع الشرعي فالتجاوز يعني إنتفاء شرط واحد وهو التناسب بإستعمال قدر من القوة يزيد عما كان كافياً لدرء الخطر أما إذا إنتفى شرط سواه - كأن يكون الخطر غير حال أو يمكن توقيه باللجوء لرجال السلطات العامة - فلا يقوم حق الدفاع الشرعي وبالتالي لا يكون هناك محل للبحث فى تجاوز حدوده لأن هذا البحث مناطه أن يثبت أولا قيام الحق » [٨٧] . وعن تجاوز حدود الدفاع الشرعي تورد بعض القوانين كالقانون الإيطالي « المادة ٥٥ع » والقانون الليبي « المادة ٧٣ع » حكماً عاماً عن تجاوز الحق أو الواجب أو داعي الضرورة . غير أن القانون المصري اكتفى بإيراد المادة ٢٥١ بشأن تجاوز حق الدفاع الشرعي فنصت على أنه « لا يعفي من العقاب بالكلية من تعدي بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع ومن ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك محلا وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة فى القانون » [٨٨] .

أنواعه :

« إذا إنتفى التناسب فقد إنتفى شرط للدفاع الشرعي فلا يكون للإباحة - طبقاً للقواعد العامة - محل وبذلك يعد فعل الدفاع غير مشروع [٨٩] .. ولتحديد مسئولية المتجاوز يتعين التمييز بين حالات ثلاث :-

١ - إذا كان الخروج على حدود الدفاع الشرعي عمدياً أى كان المدافع مدركاً جسامة الخطر وفى وسعه رده بفعل متناسب معه ولكنه فضل اللجوء إلى قوة تزيد على ذلك .. فهو مسئول مسئولية عمدية كاملة » [٩٠] « وهذا من المتفق عليه طبقاً للقواعد العامة » [٩١] .

٢ - أما إذا كان خروجه على هذه الحدود ثمرة الخطأ غير العمدي كأن حدد جسامة الخطر أو جسامة فعل الدفاع على نحو غير صحيح فى حين كان فى وسعه التحديد الصحيح .. فهو مسئول مسئولية غير عمدية » (٩٢) .

٣ - إذا تجرد فعل المدافع من العمد والخطأ معاً كما لو كان التجاوز وليد الإضطراب ودقة الموقف اللذين بلغا حداً أزال كل سيطرة لإرادته على فعله .. وهنا لا محل لمسئولية المدافع لإنتفاء الركن المعنوي للجريمة » (٩٣) .

الموقف القانوني:

« والقانون يفرق بين نوعين من التجاوز ... التجاوز بنية سليمة والتجاوز دون هذه النية وضابط التفرقة هو النية وقد عرف القانون المدافع ذا النية السليمة بأنه « من لا يقصد إحداث ضرراً أشد مما يستلزمه الدفاع » وفى تعبير آخر يعني حسن النية إعتقاد الدفاع أن القانون يخوله إرتكاب ما ارتكبه هو السبيل الوحيد والملائم لدرء الخطر ... ويرى آخرون أن ضابط التفرقة بين نوعي التجاوز هو توافر الخطأ غير العمدي أو توافر العمد » (٩٤) .

« وإذا كان التجاوز بغير نية سليمة أى كان مقترناً بالعمد ، فالقانون يترك حكمه للقواعد العامة وهذه تقرر أن يسأل المدافع عن جريمته عمداً ويوقع عليه العقاب المقرر لها والقاضي أن يخفف عنه العقاب إذا التمس له ظرفاً مخففاً ..

وإذا كان التجاوز بنية سليمة فالقانون يقرر تخفيف عقاب المدافع فيجوز للقاضي أن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة فى القانون والتخفيف الذى قرره القانون جوازي .. » (٩٥) .

ويعتبر البعض أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي بحسن نية ينطوي على صورة من صور الغلط فى الإباحة وأنه متى كان هذا الغلط حتمياً بمعنى أنه لم يكن فى إمكان الفاعل أن يتجنبه بقيامه بما يجب عليه من التثبت والتحري فحينئذ ينبغي إعتبار حسن النية فى تجاوز حدود الدفاع الشرعي مانعاً من المسئولية » (٩٦) .

طبيعية :

« ويثور خلاف بيِّن فى الفقه حول الطبيعة القانونية للعذر الذى نصت عليه المادة « ٢٥١ع » فذهب رأي إلى أن هذه المادة تقرر ظرفاً خاصاً من الظروف القضائية المخففة التى نصت عليها المادة «١٧ع » ولذا فإن حكم هذه المادة جوازي دوما للقاضي كما هو الشأن بالنسبة لسائر الظروف القضائية وإن كان هذا الظرف يتميز بحكم إستثنائي فى التخفيف .. ورأي البعض أنه عذر قانوني إذ ورد به النص صراحة فيكون القاضي مقيداً بإعمال حكمه ، كما أنه يؤثر فى نوع الجريمة فيغيرها من جناية إلى جنحة لما يترتب عليه من تطبيق عقوبة الجنحة بصفة وجوبية متى توافرت شروطها » (٩٧) .

« ويجمع سبب التخفيف الذي تنص عليه المادة « ٢٥١ع » بين خصائص النوعين .. فالتخفيف وفقاً له جوازي ولكن الشارع قد حرص على النص عليه وتحديد سببه » (٩٨) . والراجح « إعتباره ظرفاً قضائياً إستناداً إلى تمتع القاضي فى شأنه بسلطة تقديرية تخول له تخفيف العقاب أو عدم تخفيفه » (٩٩) .

إثباتـــه :

« وإثبات تجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي من إختصـاص قاضي الموضـوع إذ يتطلب بحثاً فى وقائع الدعـوى ومقارنة بين جسامة الخطر وجسامة فعل الدفاع . . والقول بتوافر النية السليمة أو إنتفائها هو كذلك من شأن قاضي الموضوع وتحديد ما إذا كان المتجاوز ذو النية السليمة جديراً بالتخفيف الذى تقرره المادة « ٢٥١ع » أم يكفي فى شأنه التخفيف الذي تقرره المادة « ١٧ع » أم أنه جدير بالعقوبة العادية لجريمته يختص به قاضي الموضوع وفقاً لما يستخلصه من وقائع الدعوى وخاصة ما تعلق بمقدار التجاوز ولا يقبل الجدال أمام محكمة النقض فيما يدخل على النحو السابق فى سلطة قاضي الموضوع .

ولكن لمحكمة النقض أن تراقب إستنتاج قاضي الموضوع فإذا كان ما إستخلصه لا يتفق عقلاً وما أثبته من وقائع فلمحكمة النقض أن تصحح حكمها . كما لو أثبت إنتفاء شرط من شروط الدفاع الشرعي غير التناسب وقال بإعتبار المتهم متجاوزاً حدود حقه إذ الفرض أن الحق لم ينشأ على الإطلاق .. أو أثبت توافر شروط الدفاع الشرعي فيما عدا التناسب ثم أنكر على المتهم الحق فى الدفاع الشرعي فالقاضي فى هذه الحالات قد أخطأ فى فهم القانون وتطبيقه ويعد قاضي الموضوع مخطئاً كذلك إن أثبت تجاوز حدود الدفاع الشرعي بنية سليمة وقضى على المتهم بالحد الأقصى لعقوبة جريمته .. أما إذا حكم القاضي بعقوبة دون الحد الأقصى فهو فى حدود سلطته التقديرية ولا تثريب عليه » (١٠٠) .

المبحث الثاني

الدفاع الشرعي . . أركانه وشروطه

أركانــه

« كما سبق أن عرفنا الدفاع الشرعي على أنه إستعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقاً يحميه القانون ..

ومن ثم نجد أن الدفاع الشرعي يفترض فعلاً من المعتدي ينطوي على خطر الإعتداء بفعل يعد جريمة .. يقابله فعل يأتيه المدافع لدرء هذا الخطر ويتطلب القانون شروطاً معينة فى فعل الإعتداء وأخرى فى فعل الدفاع .

لذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول فى الأول منهما فعل الإعتداء وشروطه وفى ثانيهما فعل الدفاع وشروطه ..

المطلب الأول

شروط الإعتداء « الخطر »

١ - ماهية الخطر

« الخطر إعتداء محتمل أي أنه إعتداء لم يتحقق ولكن تحققه منتظر وفق السير العادى للأمور ويستهدف الدفاع التعديل من هذا السير حتى لا يتحول الخطر إلى إعتداء ويستوي ألا يتحقق الإعتداء على الإطلاق أو أن يتحقق فى جزء منه فالخطر قائم فى الحالتين والدفاع متصور أما إذا تحقق الإعتداء كله فلا محل للدفاع . . فإذا لم يكن ثمة خطر على الأطلاق لأنه لم يرتكب فعلاً أو إرتكب فعلاً لا يهدد بخطر فلا محل للدفاع » (١٠١)

« والشروط التى يتطلبها القانون إنما يتطلبها فى الخطر الذى يهدد المعتدي عليه فى الفعل الذى يصدر عنه هذا الخطر ذلك أن فعل الدفاع يتجه إلى الخطر

ليصده والهدف الإجتماعي للدفاع هو منع هذا الخطر من أن يتحول إلى إعتداء فعلي ومن ثم فالشروط التى يتطلبها القانون تنصرف إلى الخطر وتصدق عليه أكثر مما تنصرف إلى الفعل الذي نشأ عنه الخطر وهذا الرأي أيدته أحكام محكمة النقض أكثر من مرة » [(١٠٢)]

« والخطر مفهوماً بالمعنى المتقدم لا يتصور بغير فعل ينذر بوقوع الإعتداء فإذا لم يكن هناك فعل من هذا القبيل لا تقوم حالة الدفاع الشرعي .. غير أنه يستوى فى الفعل المنذر بالخطر أن يكون إيجابياً أو سلبياً فالأم التى تمتنع عن إرضاع طفلها بنية قتله ينطوي فعلها على خطر بوقوع جريمة قتل عمدي فيباح دفع هذا الخطر بإستعمال القوة اللازمة لإرغامها على القيام بواجبها فى الأرضاع » [(١٠٣)] .

« ومع ذلك فقد إشترطت محكمة النقض فى بعض أحكامها لقيام حالة الدفاع الشرعي وقوع فعل إيجابي يخشى منه إرتكاب جريمة » [(١٠٤)] .

« ويتوسع القانون فى تحديد الخطر الذى يقوم به الدفاع الشرعي فيستوي خطر يهدد المدافع نفسه وخطر يهدد غيره ويعنى ذلك أن الشارع يبيح لكل شخص أن يدافع عن حقوقه كما يبيح له أن يدافع عن حقوق غيره ولا يتطلب القانون صلة تربط من يصدر عنه فعل الدفاع وصاحب الحق المعتدي عليه والدفاع جائز عن النفس وعن المال والدفاع جائز سواء كان الخطر جسيماً أم كان غير جسيم » [(١٠٥)] .

٢ - *شروط الخطر فى القانون المصري* :-

يتطلب القانون توافر شروط معينة فى الإعتداء الذي يبرر نشأة حق الدفاع الشرعي وبياناً لهذه الشروط نصت المادة « ٢٤٦ع » على أن « حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح للشخص إلا فى الأحوال الإستثنائية المبينة بعد إستعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصاً عليها فى هذا القانون وحق الدفاع الشرعي عن المال يبيح إستعمال القوة اللازمة لرد كل فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الثاني والثامن والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب وفى المادة ٣٨٧ فقرة أولى والمادة ٣٨٩ فقرة أولى وثالثة » كما تنص المادة « ٢٤٧ع » على ما يلي وليس لهذا الحق من وجود متى كان من الممكن الركون فى الوقت المناسب إلى الإحتماء برجال السلطة العمومية .

ومن النصين المتقدمين يمكننا أن نستخلص شروط الإعتداء وهي :-

١ - قيام خطر إعتداء بفعل يعد جريمة .

٢ - أن يهدد الخطر بإرتكاب جريمة على النفس أو المال الواردة على سبيل الحصر .

٣ - أن يكون الخطر حالاً .

٤ - أن يستحيل دفع الخطر بالالتجاء إلى السلطات العامة وسوف نتناول كل شرط على حده بشيء من التفصيل .

***الشرط الأول* :-**

قيام خطر إعتداء بفعل يعد جريمة .

« يشترط فى الخطر الذى يبيح الدفاع الشرعى أن يكون منذراً بإرتكاب فعل يعد جريمة .. فلا يكفى الخطر الذى يهدد بوقوع فعل لا يرتب عليه القانون سوى المسئولية المدنية ولكن يستوى أن تكون الجريمة التى يهدد الخطر بإرتكابها عمدية أو غير عمدية .. فيجوز إستعمال العنف ضد من يقود سيارة بحالة خطرة يتوقع معها إصابة أحد المارة أو قتله وذلك لإرغامه على إيقاف السيارة وإنهاء تلك الحالة الخطرة » [(١٠٦)] .

« والصفة غير المشروعة لا تسبغ على الفعل فى ذاته فقد يكون مجرد عمل تحضيرى لا عقاب عليه فى

ذاته أو مجرد الشروع فى جريمة لا يعاقب القانون على الشروع فيها ولكنه مع ذلك ينشىء خطراً يهدد حقاً يحميه القانون فيعد الخطر غير مشروع وإن كان الفعل فى ذاته مشروعاً . . . » (١٠٧) .

ويترتب على تعليق أحكام الدفاع الشرعي على حدوث إعتداء بفعل يكون جريمة عدة نتائج أهمها مايلى : -

١ - إمتناع الدفاع ضد الأفعال غير المشروعة التى لا تعد جريمة .

« فالقاعدة التى سنها المقنن فى مجال الدفاع الشرعى هى أنه لا يجوز اللجوء إلى سلاح الجريمة كوسيلة عن الحق إلا إذا كان الإعتداء بفعل يكون جريمة وعلى ذلك فإن حق الدفاع الشرعى لا ينشأ إذا كان الإعتداء مجرد مخالفة لعقد من العقود أو مخالفة لتعليمات أو إهمال أو أية صورة من صور الخطأ التى ترتب المسئولية المدنية دون أن تكون جريمة وفى مثل هذه الأحوال يتعين اللجوء إلى القضاء أو السلطات العامة لمنع أو إيقاف هذا الاعتداء والتعويض عما يسببه من أضرار » (١٠٨) .

كل ما وقع من المجنى عليه أنه حاول حل بقرة المتهم من الساقية ليتمكن من إدارتها لرى أطيانه فإن إعتداء المتهم عليه لرده عن ذلك لا يعتبر دفاعاً شرعياً عن حقه فى إدارة الساقية إتماماً لرى أرضه لأن هذا الحق ليس مما تصح المدافعة عنه بإستعمال القوة . . وقضت أيضاً يوم ١٤ مايو ١٩٥٦ أنه إذا حاول أحد الأشخاص تغيير مجرى ماء لمنع المتهم من رى أرضه فضربه الأخير فإنه لا يعد فى حالة دفاع شرعى لأن النزاع على الرى ليس مما تصح المدافعة عنه قانوناً بإستعمال القوة . . » (١٠٩) .

إذا توافر سبب الإباحة انتفى الدفاع الشرعى : -

« إذا كان فعل المعتدى خاضعاً لسبب إباحة فكان الخطر الناشىء عنه مشروعاً فلا يجوز لمن يهدده هذا الخطر أن يستعمل العنف لدرئه محتجاً بالدفاع الشرعى ذلك أن كون الخطر مشروعاً يعنى أن القانون يلزم من يتعرض له بأن يتحمله فلا يكون محل لأن يسمح له بالتخلص منه ، فإن صدر عنه عنف فى سبيل ذلك ففعله غير مشروع » (١١٠) .

وتطبيقاً لذلك لا يجوز للابن مقاومة والده إذا ضربه إستعمالا لحقه فى تأديبه .. ولكن « فى جميع الأفعال التى يلحقها سبب من أسباب الإباحة فإن صفة المشروعية تنتفى إذا لم يلتزم مرتكب الفعل شروط وقيود الإباحة فإن تخلف شرط من شروط الإباحة أو تجاوز الفعل حدود الإباحة فإن مرتكبه يعد معتدياً مما يبرر الدفاع الشرعى ضد عدوانه فالزوج الذى يتجاوز فى تأديب زوجته حدود التأديب المقرر شرعاً يكون معتدياً ويكون لزوجته استعمال حق الدفاع الشرعى لصد عدوانه » (١١١) .

« وهو ماحكمت به محكمة النقض يوم ١٩٣٠/١١/٢٧ ويوم ١٩٧٥/١١/٢ ويوم ١٩٨١/١١/١١ » (١١٢) .

٣ - جواز الدفاع الشرعى فى مواجهة غير المسئولين جنائيا : -

« إذا توافر للمعتدى مانع من موانع المسئولية كالجنون أو صغر السن دون التمييز أو السكر غير الإختيارى فإن ذلك لا يحول دون الدفاع الشرعى ضد إعتدائه . . فامتناع المسئولية لا يرفع عن الفعل صفته الإجرامية إنما ينحصر أثره فى إعفاء الفاعل عن عقوبة الجريمة التى إرتكبها . . وعلى ذلك إذا شرع سكران أو مجنون فى الإعتداء بالضرب على آخر أو فى إشعال النار فى مسكنه أو متجره ولم يتمكن المجنى عليه أو غيره من الحيلولة بينه وبين ما شرع فيه إلا بضربه فإن فعله يكون مباحاً ولو كان على علم بحالته » (١١٣) ..

« فمتى أعتبر الخطر غير مشروع فلا عبرة بكون من

ارتكب الفعل المنشىء له قد توافر لديه مانع من المسئولية الجنائية » (١١٤) .

« وهناك رأي بأن من يتعرض لإعتداء شخص غير مسئول جنائيا لا يكون له أن يحتج بالدفاع الشرعى وإنما يسعه أن يحتج بحالة الضرورة وحجة هذا الرأى أن فعل غير المسئول لا يوصف بأنه غير مشروع بالإضافة إلى أن القانون يصف الاعتداء بأنه جريمة ولا محل لهذا الوصف إذا انتفى ركنها المعنوى لأن من ارتكب الفعل غير مسئول » . . « وهذا الرأى يمكن قبوله لو كان الدفاع الشرعى نوعا من العقاب ينزله المدافع بالمعتدى . . ولكن الدفاع ليس عقاباً ومن ثم لا يكون محل لاشتراط الأهلية . . فهو مجرد وقاية لحق يحميه القانون فيكفى أن يكون صاحب الحق غير ملزم طبقاً للقانون بتحمل الاعتداء » (١١٥) .

٤ - الأعذار القانونية لا تعطل الدفاع الشرعى :

« تخفف الأعذار القانونية كحداثة السن فيما بين الخامسة عشر والثامنة عشر « مادة ١٥ أحداث » ومفاجأة الزوج زوجته فى حالة تلبسها بالزنا «٢٣٧ع» المسئولية الجنائية دون أن تنفيها أو تنفى عن الفعل صفته الإجرامية وثبوت هذا الوصف للفعل يبيح الدفاع الشرعى ضد فاعله بالرغم من عذره . . فإذا مافاجأ الزوج زوجته متلبسة بالزنا فهم بقتلها هى ومن يزنى بها كان الاثنان معا - الزوجة وشريكها - فى حالة دفاع شرعى تبيح استعمال القوة بالقدر اللازم لدفع إعتداء الزوج لأنه جريمة وليس فعلا مباحاً » (١١٦) .

٥ - دفع خطر الحيوان :

« إذا استخدم الحيوان كأداة للاعتداء كما لو أطلق شخص على عدوه كلبا فلا محل للتردد فى الاعتراف لمن يهدده هذا الخطر بأنه فى حالة دفاع شرعى ذلك أن فعل الإعتداء لا ينسب إلى الحيوان وإنما ينسب إلى محرضه وشأن الحيوان شأن أية أداة تستعمل فى الاعتداء ويعنى ذلك أن الفعل غير مشروع والخطر الناشىء عنه غير مشروع كذلك ومن ثم كان الدفاع الشرعى ضده جائزا . . » (١١٧) .

أما حينما يتعرض شخص لخطر حيوان دون أن يكون ذلك نتيجة تحريض أحد حيث لا يجوز وصف هجوم الحيوان والخطر الناجم عنه بعدم المشروعية . . ومن ثم لا يكون محل للدفاع الشرعى فى مواجهته ولكن يجوز للمهدد بالخطر أن يحتج بحالة الضرورة إذا توافرت شروطها (١١٨) . وقد قضت محكمة النقض يوم ١٩٣٢/١٠/٣١ بما نصه « يشترط فى الضرورة الملجئة للقتل أن يكون الحيوان المقتول قد كان خطراً على نفس إنسان أو ماله وأن تكون قيمة ذلك الحيوان ليست شيئاً مذكوراً بجانب الضرر الذى حصل اتقاؤه بقتله وأن يكون الخطر الذى استوجب القتل قد كان خطراً حائقاً وقت القتل وما كان يمكن اتقاؤه بوسيلة أخرى » .

دفع الخطر الوهمى :

قد يعتقد شخص على خلاف الحقيقة قيام خطر يهدده بوقوع جريمة فيرتكب لدفعه فعلا يبيحه القانون دفاعا شرعيا عن النفس أو المال لو صح قيام هذا الخطر ومثال ذلك أن يمر شخص ليلا بطريق مظلم فيفاجأ بآخر مقبل نحوه فيظنه قاطع طريق قادماً للاعتداء عليه فيطلق عليه عياراً نارياً ثم يتبين له أنه كان مجرد عابر سبيل لا يضمر له أي سوء . .

« يذهب بعض الفقهاء إلى أنه سيان أن يكون الخطر فعلياً أو وهمياً فالدفاع الشرعى جائز فى الحالتين متى كان توهم وجود الخطر مبنياً على أسباب معقولة » (١١٩) .

« ويبدو أن القانون يعتد بالخطر الوهمى . . حيث لا يشترط كون الفعل من شأنه إحداث الموت أو الجراح البالغة وإنما يكفى مجرد التخوف من أن يكون له هذا الشأن « المادتان ٤٩ ، ٢٥٠ع » وقد سلم القضاء بذلك فقرر فى أحكام عديدة أنه يصح القول بقيام حالة الدفاع الشرعى ولو كان الاعتداء وهمياً متى كانت

الملابسات والظروف تلقى فى روع المدافع أن هناك إعتداء جديا وحقيقياً موجهاً إليه وكل ما يشترط للاعتداد بالخطر الوهمى أن يكون الاعتقاد بقيامه مستنداً إلى أسباب معقولة » .

« ولكن هذا الرأي محل نقد لأن أسباب الإباحة أسباب ذات طبيعة موضوعية ويقتضى ذلك أن تتوافر حقيقة حتى تنتج أثرها يغنى عن توافرها مجرد توهم ذلك .. ومقتضى ذلك أن الخطر ينبغى أن يوجد فعلا فإن كان وهمياً فمعنى ذلك أنه لا وجود له إلا فى مخيلة المدافع فان ثبت على هذا النحو انتفاؤه فلا محل للقول بقيام الدفاع الشرعى ولكن هذا الاعتقاد يعنى وجود غلط منصب على الواقائع التى يقوم الدفاع الشرعى عليها وهذا الغلط ينفى القصد الجنائى وإذا بنى الاعتقاد على أسباب معقولة فهو ينفى الخطأ غير العمدى لذلك فلا يكون محلا للمسئولية الجنائية وإن كان الفعل فى ذاته غير مشروع والخطر الوهمى صورة للغلط فى الإباحة . » [١٢٠] .

الشرط الثانى

أن يهدد الخطر بإرتكاب جريمة على النفس أو المال الواردة على سبيل الحصر .

« تبيح أغلب التشريعات الدفاع ضد خطر أية جريمة ومن ذلك المادة ٥٢ من القانون الإيطالى والمادة ٧٠ من القانون الليبى والمادة ١٨٣ من القانون السورى والمادة ٣٣ من القانون الكويتى والمادة ٧٤ من القانون الحبشى والمادة ١٨٤ من القانون اللبنانى والمادة ٣٣ من القانون السويسرى » [١٢١] .

أما القانون المصرى فقد أباح الدفاع ضد أية جريمة تقع على النفس غير أنه قصر الدفاع عن المال على جرائم معينة وردت على سبيل الحصر . . كما ورد فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات .

« وبذلك تكتسب التفرقة بين جرائم النفس وجرائم المال أهمية واضحة على اعتبار أن جرائم النوع الأول جميعاً تبيح الدفاع الشرعى فى حين لا يبيحه إلا بعض جرائم النوع الثانى » [١٢٢] .

اولا : جرائم النفس التى يعد خطر تحققها مبررا للدفاع الشرعى :-

يقصد بجرائم الإعتداء على النفس تلك الجرائم التى تنال حقاً من الحقوق التى يتمتع بها الناس كافة باعتبارها من مقومات الشخصية الإنسانية فتخرج من دائرة التعامل ومثالها حق الإنسان فى الحياة وحقه فى سلامة جسده وحقه فى صيانة عرضه وحقه فى حريته وحقه فى المحافظة على سمعته وإعتباره .

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات على أن حق الدفاع الشرعى عن النفس يبيح للشخص استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصاً عليها فى هذا القانون .

« ومن المسلم به أن أحكام الدفاع الشرعى من الأحكام العامة ولو أنها لم ترد فى الكتاب الأول من قانون العقوبات ولذلك فهى تسرى على سائر جرائم النفس سواء ورد النص عليها فى قانون العقوبات أم فى قانون جنائى تكميلى . . وهذه الجرائم متنوعة ويمكن تصنيفها إلى الطوائف الآتية :-

١ - جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وحقه فى سلامة جسمه كالقتل والجرح والضرب « المواد من ٢٣٠ إلى ٢٤٤ع » .

٢ - جرائم الإعتداء على العرض كإغتصاب الاناث « م٢٦٧ع » وهتك العرض « م٢٦٨ ، م٢٦٩ع » .

٣ - جرائم الإعتداء على حق الإنسان فى الحرية سواء حريته فى التنقل كالقبض والحبس بغير وجه حق « المواد من ٢٨٠ إلى ٢٨٢ع » أو حريته فى

العمل « م٣٧٥ع » أو حريته فى العقيدة والدين «م٦١٠ع » إلى غير ذلك مما يحميه قانون العقوبات .

٤ - جرائم الاعتداء على الشرف والاعتبار كالسب والقذف والتهديد المواد ١٨٥ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٧ ، ٣٢٧ عقوبات » (١٢٣) .

« ولكن هناك رأى يرى عدم جواز استعمال الدفاع الشرعى ضد أفعال السب والقذف لأن هذه الأفعال لا تبرر الدفاع الشرعى فالقوة المادية لا تستخدم فى إرتكابها والدفاع ضدها يكون بمثابة إنتقام لأنه يحدث بعد تمام وقوعها . ومقابلتها بمثلها ليس دفاعاً شرعياً بل سلوك إجرامى قائم بذاته . » (١٢٤) .

ولكن جمهرة الفقه فى مصر تذهب إلى أنه ليس ثمة ما يمنع إستخدام القوة اللازمة والمناسبة لدفع جرائم السب والقذف فالمشرع المصرى سوى بين جميع جرائم النفس فلا يكون محل للتردد فى القول بأن جرائم الإعتداء على الشرف والإعتبار تبيح الدفاع الشرعى إذا توافرت شروطه والتزمت حدوده » (١٢٥) .

ثانيا : جرائم الأموال :

حدد المشرع جرائم الإعتداء على الأموال التى تبيح الدفاع الشرعى فحصرها فى الجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الثانى والثامن والثالث عشر والرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات والجرائم المنصوص عليها فى المادة ٣٨٧ فقرة أولى والمادة ٣٨٩ فقرة أولى وثالثة من قانون العقوبات وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ الفقرة الرابعة من المادة ٢٧٧ ... وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٨٩ الفقرة الرابعة من المادة ٣٧٩ فى القانون ١٦٦ لسنة ١٩٨١ وفيما يلى توضيح ماتجرمه هذه النصوص :-

١- جرائم الحريق العمد « المواد ٢٥٢ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ع » وهذه الجرائم جنايات فيما عدا الجريمة التى تنص عليها المادة ٢٥٩ فهى جنحة .. ونضيف إليها الجريمة التى تنص عليها المادة ١٠٢ د من قانون العقوبات التى تجرم إستعمال المفرقعات إستعمالاً من شأنه تعريض أموال الغير للخطر .

٢ - جرائم السرقة والإغتصاب « المواد ٣١ من قانون العقوبات وما بعدها ، وبعض هذه الجرائم جنايات وبعضها جنح .

٣ - جرائم التخريب والتعييب والإتلاف « المواد ٣٥٤ من قانون العقوبات وما بعدها وهذه الجرائم جنح عدا ماتنص عليه المواد ٣٥٩ ، ٣٦٦ ، ٣٦٨ من قانون العقوبات فهى جنايات .

٤ - جرائم إنتهاك حرمة ملك الغير « المواد ٣٦٩ من قانون العقوبات وما بعدها » وهذه الجرائم جنح.

٥ - جريمة دخول أرض مهيأة للزرع أو مبذور فيها زرع أو محصول أو مرور المتهم فيها بنفسه بمفرده أو ببهائمه أو دوابة المعدة للجر أو للحمل أو الركوب أو ترك هذه البهائم أو الدواب تمر منها وكان ذلك بغير حق «المادة ٣٧٩ع الفقرة الرابعة» وهذه الجريمة مخالفة .

٦ - جريمة التسبب عمداً فى إتلاف شىء من منقولات الغير « المادة ٣٨٩ع الفقرة الأولى » وهذه الجريمة مخالفة .

٧ - جريمة رعى مواشى أو تركها ترعى بغير حق فى أرض بها محصول أو فى بستان المادة « ٣٧٩ ع الفقرة الرابعة » وهذه الجريمة مخالفة .

« وقد حدد الشارع هذه الجرائم على سبيل الحصر ويترتب على ذلك إنكار الدفاع الشرعى حيث يكون الخطر الذى يهدد المال ناشئاً عن جريمة سواها » (١٢٦)

الشرط الثالث

أن يكون الخطر حالاً :-

« لا محل للدفاع إلا إذا كان الخطر حالاً فالدفاع يستهدف وقاية حق يحميه القانون من خطر لا يسع السلطات العامة أن تدرأه عنه والوقاية تفترض أن الخطر لم يتحول بعد إلى اعتداء كامل لأنه إذا تحقق الإعتداء فليس للوقاية محل وكون السلطات العامة لا تستطيع درء الخطر يفترض أن الإعتداء وشيك إذ في هذا الفرض وحده لا يكون الوقت متسعاً للتدخل على نحو فعال »(١٢٧) .. « وهذا الشرط لم يرد به نص في القانون المصرى ولكنه مستفاد من أساس تقرير حق الدفاع الشرعى المتمثل فى وقاية حق يحميه القانون من خطر لا يسع السلطات العامة أن تتدخل فى الوقت المناسب لدرئه ومن نص المادة ٢٤٧ عقوبات التى تنفى هذا الحق متى كان من الممكن الركون فى الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة »(١٢٨) .

وعلى ذلك « يكفى أن يكون المدافع مهدداً بخطر يبدو تحققه حالاً وإذا بدأ المعتدى فعلا فللمدافع من باب أولى أن يدفع الإعتداء ويستمر حقه فى دفعه ما بقى الاعتداء مستمرا وينتهى الحق فى الدفاع بزوال الاعتداء »(١٢٩) « وتطبيقاً لذلك إذا اعتدى شخص على آخر بالضرب ثم كف عن ضربه لم يكن للمجنى عليه بعد ذلك أن يضربه وأن يحتج بالدفاع الشرعى . وإذا شرع شخص فى سرقة ثم شعر بوجود المجنى عليه ففر هارباً تاركاً المسروقات بمكان السرقة فلايكون المجنى عليه فى حالة دفاع شرعى إذا أطلق عليه النار بعد ذلك .. »(١٣٠) .

كيف يكون الخطر حالاً :

ويكون الخطر حالا بإحدى صورتين :

١ - الخطر الوشيك :

« حيث يكون الإعتداء لم يبدأ بعد ولكنه على وشك أن يبدأ .. بصدور أفعال من المعتدى تجعل من المعتدى - وفق السير الطبيعى للأمور - أن يبتدىء الإعتداء على الفور ويتضح بذلك أن الشارع لا يلزم المهدد بالخطر أن ينتظر ابتداء الاعتداء عليه حتى يباح له الدفاع بل يجيز له الدفاع بمجرد أن يتهدده الخطر الوشيك .. ويعنى ذلك أن الحلول صفة فى الخطر لا فى الإعتداء .. وإذا لم يكن الخطر وشيكاً فهو مستقل ولا ينشأ به الحق فى الدفاع الشرعى .. ذلك أن الخطر المستقبل غير محقق فقد لا يتحقق على الإطلاق ثم أن فى الوسع الإلتجاء إلى حماية السلطات العامة ومعيار وشوك الخطر معيار موضوعى فى أصله إذ قوامة الشخص المعتاد ولكنه يطبق بالنظر إلى ظروف واقعية معينة فهو موضوعى حتى نتجنب التقدير المنحرف للمهدد بالخطر وهو واقعى لأنه لا يجوز إغفال الظروف التى أثرت على تفكير المهدد بالخطر »(١٣١) .

٢ - الإعتداء الذى لم ينته بعد :-

تفترض هذه الصورة للخطر الحال أن الإعتداء قد بدر فعلاً ولكنه لم ينته بعد ، فمازال بعض الخطر ـ خطر القدر من الإعتداء الذى لم ينزل بعد بالحق قائماً وهو خطر حال .. فالمعتدى قد وجه ضرب المجنى عليه مرة وتأهب ليوجه إليه ضربات تالية أو استولى على بعض ما يملكه واستعد للإستيلاء على أشياء أخرى .. فالدفاع بغير شك جائز لتفادى الخطر الذى يوشك أن يتحقق ، فإذا إنتهى الإعتداء وتحقق كل الخطر الذى يهدد الحق إنتفت عنه صنعة الحلول فلايكون للدفاع الشرعى محل إذ لن يدرأ خطراً .. والضابط فى إنتهاء الإعتداء هو إتمام الجانى الأفعال التى يريد إرتكابها وتحقق النتيجة الإجرامية بحيث لا يكون فى وسع المعتدى عليه أن يحول دون تحققها أو ازدياد جسامتها والتحقق من إنتهاء الإعتداء يقتضى الرجوع إلى الأحكام الخاصة بالجريمة لتحديد نتيجتها والتأكد من إتخاذها صورة نهائية مستقرة .. ولإنتهاء الإعتداء

صورة ثانية حيث يقف نشاط الجانى سواء بإرادته أو جبراً عنه فلا يكون إنتهاء الإعتداء رهناً بتحقق الركن المادى للجريمة كاملاً كما لو أطلق المعتدى عياراً نارياً لم يصب المجنى عليه ثم كف عن الإستمرار فى نشاطه فلم يطلق عياراً ثانياً .. وهنا يتعين الإعتداد بتفكير المعتدى عليه وتصوره فإذا وقف النشاط الإجرامى ولكن المعتدى عليه اعتقد بناء على أسباب معقولة أنه لم يقف فأتى أفعال العنف لدرء الخطر الذى توقعه فلا مسئولية عليه » (١٣٢) .

الدفاع بالوسائل الآلية :-

يثير شرط حلول الخطر البحث فى مدى جواز الدفاع بالوسائل الآلية ويقصد بها تلك الوسائل التى تعمل تلقائياً فى مواجهة المعتدى بمجرد أن يبدأ فى الإعتداء ومثال ذلك توصيل تيار كهربى إلى الخزانة التى يحفظ فيها صاحبها مجوهراته بحيث يصعق من يحاول فتح الخزانة لسرقة محتوياتها ووضع فخ فى حديقة منزل ليطبق على من يدخل فيها بطريق غير مشروع وقد يبدو لأول وهلة أن الدفاع لا يجوز بمثل هذه الوسائل بإعتبار أن الخطر الذى أعدت لدرئه مجرد خطر محتمل وغير حال غير أننا إذا لاحظنا أن هذه الوسائل لا تعمل إلا إذا بدأ الإعتداء على الحق لأدركنا فى الحال أن الدفاع بإستخدامها إنما يكون بعد حلول الخطر فيصير جائزاً . على أنه يشترط لجواز الالتجاء إلى هذه الوسائل أن يكون الأذى الذى تسببه للمعتدى متناسباً مع فعل الإعتداء وإلا كان من يستخدمها متجاوزاً حدود الدفاع الشرعى ... » (١٣٣) .

الشرط الرابع :-

استحالة دفع الخطر بالإلتجاء إلى السلطات العامة :-

« وهو شرط مستمد من نص المادة ٢٤٧ من قانون العقوبات حيث نصت على أنه ليس لحق الدفاع الشرعى وجود متى كان من الممكن الركون فى الوقت المناسب إلى الإحتماء برجال السلطة العمومية » ومعنى ذلك أنه إذا كان فى الإمكان درء الخطر بالالتجاء إلى السلطة العامة لم يجز استعمال القوة لدفعه والاحتجاج فى ذلك بحق الدفاع الشرعى ويجد هذا الشرط تبريره فى أنه متى كان فى الإمكان دفع الخطر بالإلتجاء إلى السلطة العامة فقد أتيحت وسيلة مشروعة للوقاية منه ، ولم تعد القوة لازمة لدفعه فيتخلف بذلك شرط من الشروط التى يتطلبها القانون فى فعل الدفاع هو لزومه لدرء خطر الدفاع .. على أن تحريم حق الدفاع الشرعى عند إمكان الإستعانة بالسلطات العامة فى دفع خطر الإعتداء محله أنه يكون هناك من ظروف الزمن وغيره كحالة المجنى عليه ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الإعتداء بالفعل فإذا لم تكن الظروف تسمح بذلك جاز لمن يهدده الخطر أو غيره أن يدرأ بالدفاع الشرعى » (١٣٤)

« وهذا الشرط مستقل عن شرط حلول الخطر إذ من المتصور أن يكون الخطر حالا ومع ذلك لا تكون القوة هى الوسيلة الوحيدة لدفعه فقد تثبت وقائع الحال وظروف الواقعة أن المعتدي عليه المهدد بالخطر كان باستطاعته تدارك الضرر بالإحتماء برجال السلطة العامة الذين كانوا على مقربة منه » (١٣٥) .. « وفى المقابل فإن حق الدفاع الشرعى ينشأ إذا لم يكن لدى المهدد بالخطر من الوقت ما يكفى للالتجاء إلى السلطة العامة لدرء ذلك الخطر والقول بغير ذلك يعنى ترك المعتدى يتمادى فى عدوانه والإستعانة برجال الحكومة عليه بعد أن يكون قد أتم مقصده .. ويعتبر الدفاع الشرعى مبرراً إذا كان المهدد بالخطر قد لجأ إلى السلطات العامة فتقاعست عن حمايته ولم تتدخل فى الوقت المناسب حين بدأ المعتدى عدوانه » (١٣٦) .

المطلب الثاني
فعل الدفاع وشروطه

١ - ماهية فعل الدفاع :-

هكذا مما سبق متى توافرت في فعل الإعتداء الشروط السابق ذكرها أصبح مباحاً دفعه بأفعال هي أصلاً من قبيل الجرائم غير أنه من المتصور أن يكون فعل الدفاع مشروعاً أو غير مجرم في الأصل وعندئذ لا تكون هناك حاجة لبحث توافر أركان الدفاع الشرعي لأن البحث فيها يفترض أن فعل الدفاع يخضع لولا الإباحة لنص من نصوص التجريم .. المهم أن الدفاع الشرعي يفترض إتيان المعتدى عليه فعلا يدرأ به عن الحق الخطر الذي يهدده .

« وإذا كان القانون قد حصر الجرائم التي يجوز درؤها بالإلتجاء إلى الدفاع الشرعي إلا أنه من ناحية أخرى لم يحصر أفعال الدفاع ضد هذه الجرائم فأباح للمدافع كل فعل يتناسب مع خطر الإعتداء ويكون لازما لدفعه سواء إتخذ هذا الفعل صورة القتل أو الجرح أو الضرب أو غير ذلك فقد إتفق الفقه وإستقر القضاء على أنه وإن كان المشرع لم يشر في المادة ٢٤٥ من قانون العقوبات إلا إلى إباحة أفعال القتل والجرح والضرب التي ترتكب إستعمالاً لحق الدفاع الشرعي فإن حكم المادة يسرى من باب أولى على ماهو أقل جسامة من ذلك من الأفعال التي تجدى في درء خطر الإعتداء » (١٣٧) .

٢ ـ الدفاع بفعل إيجابي :-

«افترض الشارع أن الدفاع يكون عن طريق أفعال القتل أو الضرب أو الجرح فالمادة ٢٤٥ من قانون العقوبات تقرر أنه « لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء إستعماله حق الدفاع الشرعي . . » ولكن الشارع لا يعني بذلك أن الدفاع محظور عن طريق أفعال أخرى ذلك أنه قد أشار إلى الوضع الغالب إذ أن القتل أو الضرب هو الصورة المعتادة للدفاع ومن ثم لا يكون الشارع بالنص السابق مستبعداً ماعدا هذه الأفعال. . وبالإضافة إلى ذلك فإنه إذا كان الشارع يسمح بهذه الأفعال الخطيرة فإنه من باب أولى يسمح بالأفعال الأقل خطراً . . وعلى هذا النحو فكل فعل يصلح لدرء الخطر يعد فعل دفاع ويباح إذا توافرت له الشروط المتطلبة في القانون . فيجوز الدفاع عن طريق قتل الدابة التي يعتليها المعتدى أو تحطيم السلاح الذي يستعمله أو تمزيق ملابسه أو حبسه الوقت اللازم للإستعانة برجال السلطة العامة » (١٣٨) .

٣ - الدفاع بالإمتناع :-

من البديهي أن يكون الدفاع في الأصل بفعل إيجابي . ولكن لا يوجد مايمنع أن يكون الدفاع بفعل سلبي أي عن طريق الامتناع متى تعين وسيلة لدرء الخطر كما إذا إعتدى شخص على آخر فهاجمه كلب المعتدى عليه فتركه هذا الأخير حتى أصاب المعتدى بجروح » (١٣٩) .

٤ - الدفاع بالهرب والفرار :-

إذا كان من الممكن اتقاء الخطر أو وقف الإعتداء بوسيلة تنال من كرامة الشخص وتحط من قدره كالانسحاب والهروب ولكنه فضل الصمود ومواجهة الموقف بأفعال الدفاع الملائمة فهل يجوز له الإحتجاج بالدفاع الشرعي ؟ .

« الأصل أنه لا يجبر أحد على إتيان فعل يحط من قدره والإنسحاب أو الهرب في مواجهة الخطر مسلك مشين لصاحبه لما ينم عنه من جبن وهلع . . فلا يجوز فرض على من تعرض لعدوان غيره وهو ماقضت به محكمة النقض يوم ١٩٥٢/١٠/٦ - من أن القانون لا يجب أن يذعن للسلوك الإجرامي فتطلب من المهددة

حقوقه الانسحاب والهرب . فضلاً عن أنه ليس مقبولاً أن يحمى المقنن حقوق الإنسان فى نفسه وماله ثم يتطلب منه الهرب حين يتهدد هذه الحقوق خطر .. غير أنه إذا تجرد الإنسحاب أو الهرب من دلالته الإجتماعية المشينة فانه يصلح وسيلة للتخلص من الخطر لا يجوز تركها وإستعمال وسيلة دفاع أخرى تنطوى على إستعمال القوة ويتحقق ذلك فى الأحوال التى يكون الهرب فيها من الاعتداء أكرم من دفعه كهروب الابن من إعتداء أبيه الذى تجاوز حدود حقه فى التأديب .. وتقدير ما إذا كان الهروب مشيناً أو غير مشين مسألة موضوعية ترجع إلى ظروف كل واقعة على حدى .. وإذا فضل صاحب الحق المعتدى عليه الإنسحاب أو الهرب ليتخلص من الخطر فلا يجوز لغيره أن يتدخل لدفع الخطر بالقوة إذ لا وجود لحق الدفاع الشرعى حينئذ .. » (١٤٠) .

٥ - هل يشترط نية الدفاع بالفعل؟..

هل يشترط لإباحة فعل الدفاع أن يكون المدافع مستهدفاً مجرد وقاية حقه الخطر الذى يتهدده ؟

« القانون لا يتطلب نية الدفاع ذلك لأن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية فإن توافرت لها شروطها أنتجت أثرها دون الإعتداد بالحالة النفسية لمن يستفيد منها وينبنى على ذلك أن من ارتكب فعلا يدرأ به خطراً حالاً يهدد بارتكاب جريمة ويكون فعله متناسباً مع هذا الخطر ولازماً لدفعه يعتبره فى موقف الدفاع الشرعى حتى ولو كان لا يعلم بقيام الخطر فلم تتجه نيته إلى الدفاع » (١٤١) .

« وعدم إستلزام نية الدفاع مؤداه جواز الدفاع بفعل تقوم به فى الأصل جريمة غير عمدية فمن يترك كلبه العقور بغير قيد ولا كمامه يعد مرتكباً لجريمة الجرح غير العمدى إذا عقر الكلب شخصاً ولكن هذه الجريمة تكون مباحة إذا تصادف أن كانت دفعاً لخطر إعتداء حال » (١٤٢) ..

٦ - الدفاع عن الغير :-

« الأصل أن من يباح له إرتكاب فعل الدفاع الشرعى هو صاحب الحق المهدد بخطر الاعتداء عليه وليست هناك أية شروط خاصة يستلزمها القانون فيه لذا يستوى أن يكون مميزاً أو غير مميز عاقلاً أو مجنوناً أو ذا عاهة عقلية . مدركا للعمل الذى يرتكبه أو فاقداً الشعور والاختيار فيه .

وإذا كان حق الدفاع الشرعى يثبت للمعتدى عليه أساساً فإنه يثبت كذلك لغيره فهو حق أو رخصة يقررها المقنن لكافة المواطنين سواء كان الاعتداء واقعاً على النفس أو المال وسواء كان جسيماً أم يسيراً .

ولا يشترط لصحة دفاع الغير أن تكون بينه وبين المعتدى عليه صلة قرابة أو جوار أو مودة ولا يسقط حقه فى الدفاع عن غيره وجود خصومة بينه وبين المعتدى أو وجود صلة قرابة أو صداقة بين المعتدى عليه والمعتدى .. » (١٤٣) .

٧- الدفاع عن الشخص المعنوى :-

« والشخص المعنوى يجوز أن يكون مجنياً عليه وبالتالى يجوز الدفاع إزاء الاعتداء الموجه ضد حق من حقوقه فمن يشاهد شخصاً يحاول سرقة مال مملوك للدولة أو لإحدى الشركات أن يدفع السرقة بالقوة » (١٤٤) .

٨ - شروط فعل الدفاع :-

لم يتطلب القانون فى فعل الدفاع سوى توافر شرطين فقط هما : -

١ - أن يكون فعل الدفاع لازماً .

٢ - أن يكون فعل الدفاع متناسبا وجسامة الاعتداء .

الشرط الأول :

أن يكون فعل الدفاع « لازماً »

ماهية اللزوم وطبيعته القانونية .

« يقصد بلزوم فعل الدفاع أن تكون الجريمة هى الوسيلة المتاحة للمدافع والمتعينة لدرء خطر الإعتداء فلا يقبل الإحتجاج بالدفاع الشرعى ممن أتيح له دفع الخطر بوسيلة مشروعة فتعمد دفعه بإرتكاب فعل يعد جريمة إذ لم يكن بحاجة فى هذه الحالة إلى الإضرار بحق للمعتدى فى سبيل حماية الحق المعتدى عليه » (١٤٥) .

« ويؤكد هذا الشرط الطبيعة القانونية لحق الدفاع الشرعى .. فهو رخصة مؤقتة يقررها القانون للأفراد لحماية النفس والمال من خطر الإعتداء عليهما وذلك لحين تمكين السلطات العامة فى المجتمع من أدا وظيفتها فى حفظ الأمن والنظام العام ومنع الجرائم وضبط من يرتكبها » (١٤٦) .

شرطا اللزوم :-

وإشتراط لزوم الدفاع ينطوى فى الواقع على شرطين :

الأول : ثبوت أن المدافع لم يكن يستطيع التخلص من الخطر بغير الفعل الذى إرتكبه .

الثانى : ثبورت إتجاه الفعل إلى مصدر الخطر .

أثر إمكانية اللجوء إلى السلطات العامة :-

« بديهى أن يكون من شروط الدفاع الشرعى كون الفعل الذى إرتكبه المدافع هو الوسيلة المتعينة لدرء الخطر ويثير البحث فى هذا الشرط مشكلتين :

الأولى : هل استطاعة الركون إلى الإحتماء بالسلطات العامة تحول دون الاحتجاج بالدفاع الشرعى ؟.

والثانية : هل إستطاعة الهروب من المعتدى تحول درن إباحة فعل الدفاع ؟.

ونحن قد سبق لنا مناقشة مسألة إمكانية الهرب من مصدر الخطر وبقى لنا أن نناقش المشكلة الأولى .

« تنص المادة ٢٤٧ من قانون العقوبات على أنه « ليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون فى الوقت المناسب إلى الإحتماء برجال السلطة العمومية » ويعنى ذلك أن استطاعة الإستعانة بالسلطات العامة لوقاية الحق المهدد تحول دون إباحة فعل الدفاع . ويتضح بذلك أن للدفاع الشرعى صفة إحتياطية بإعتباره لا محل له إلا عند عجز السلطات العامة عن حماية الحق .. ولكن استطاعة الركون إلى الاحتماء بالسلطات العامة ليست حائلا دون الحتجاج بالدفاع الشرعى إلا إذا كان ذلك الركون ممكناً فى الوقت المناسب أياً كان « هناك من ظروف الزمن وغيره مايسمح بالرجوع إلى هذه السلطات قبل وقوع الاعتداء بالفعل » أى قبل بدأ الإعتداء أما إذا كان الركون إلى هذه السلطات غير متاح قبل وقوع الاعتداء فإن الحق فى الدفاع الشرعى يظل قائماً فى كل نطاقه .. وهذا ما قضت به محكمة النقض فى عدة أحكام لها : ١٩٤١/٢/٣ ، ١٩٤٦/٥/٢٧ ، ١٩٤٩/٣/٢٨ ، ١٩٦٣/٤/١٩ ، ١٩٦٨/٧/٢٤ ، ١٩٧٠/٧/١ » (١٤٧) .

اتجاه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر :-

« ولا يكون فعل الدفاع لازماً إلا إذا كان مجدياً فى دفع الخطر وهو لا يكون كذلك إلا بتوجيهه إلى مصدر الخطر فإذا إعتدى شخص على آخر بالضرب كان للمعتدى عليه أن يستخدم القوة ضد المعتدى لمنعه من الإستمرار فى عدوانه ولكن إذا إستخدمها ضد غيره كان فعله غير مجد فى الدفاع وبالتالى غير لازم له » (١٤٨) « ومن ثم لا محل لاحتجاجه بالدفاع الشرعى لأن الفعل غير ذى جدوى فى التخلص من الخطر فهو غير لازم لذلك » (١٤٩) .

« ولا ينفى إتجاه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر ولا ينفى شرط لزوم الدفاع بالتالى أن يوجه المدافع فعل الدفاع إلى مصدر الخطر قاصداً رده فيصيب غير

المعتدى . ويتحقق ذلك نتيجة الغلط فى موضوع فعل الإعتداء أو الخطأ فى توجيه فعل الدفاع .. على نحو ما وضحنا سابقاً .

والسائد فقهاً وقضاءً أنه إذا كان المدافع قد سلك مسلك الرجل المعتاد وبنى سلوكه على أسباب معقولة فإن فعله يكون مباحاً على الرغم من اتجاهه إلى غير مصدر الخطر مادام قد ثبت أن المدافع كان سلوكه موافقاً لسلوك الرجل المعتاد ومبنياً على أسباب معقولة وأنه بذل كل الصيانة والاحتياط كى يصيب مصدر الخطر ولكنه أصاب غيره لأسباب لا سيطرة لارادته عليها » (١٥٠) .

الشرط الثانى :

تناسب فعل الدفاع مع جسامة الخطر .

١ - *مدلول التناسب* :-

يعنى تناسب فعل الدفاع مع جسامة الخطر حسب تعبير محكمة النقض فى حكمها الصادر يوم ٦ مارس سنة ١٩٥٦ أنه « إذا كان فى وسع المعتدى عليه أن يدرأ الخطر بفعل معين فلا يباح له أن يدرأه بفعل أشد جسامة » .. وتعد أفعال الدفاع مشروعة بالقدر الضرورى لدرء الإعتداء أو خطره وما يزيد عن ذلك يكون خارجاً عن نطاق وحدود الدفاع الشرعى الذى أقره القانون لدفع خطر الإعتداء لا لدفع الإعتداء ثم توقيع قدر زائد من العقاب على مرتكبه قصاصاً أو إنتقاماً منه .. » (١٥١) .

« والمشرع لم ينص صراحة على أن تكون أفعال الدفاع متناسبة مع جسامة الخطر غير أن هذا الشرط مستخلص من المادة ٢٥١ التى تعاقب بعقوبة مخففة من يتعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعى ، كما أنه يستخلص من طبيعة هذا الحق بإعتبار أن القصد منه تفادى الإعتداء وليس معاقبة المعتدي أو الإنتقام منه » (١٥٢) .

« والتناسب بهذا المعنى لا يقوم على الموازنة بين جسامة الضرر الذى يلحق فعل الدفاع بالمعتدى والضرر الذى يهدد المعتدى عليه ، وإنما على المقارنة بين الأفعال التى كان فى إمكان المدافع بإرتكابها الوقاية من خطر الإعتداء لمعرفة أيها أقل ضرراً بالمعتدى فيكون فعل الدفاع متناسباً مع خطر الإعتداء إذا كان هو الوسيلة الوحيدة التى أتيحت للمدافع لدفع الخطر أو كان أقل الوسائل المتاحة له ضرراً بالمعتدى ، ولا عبرة بعد ذلك يكون الضرر الذى يسببه هذا الفعل للمعتدى أشد وأقل من الضرر الذى ينذر فعل الاعتداء بإلحاقه بالمعتدى عليه » (١٥٣) .

٢ - *الظروف التى يجب مراعاتها عند تقدير التناسب* :

ولا يشترط أن يستعمل المعتدى عليه أداة مماثلة لما يستعمله المعتدى فقد لا تكون مثل هذه الأداة فى متناول يده ثم أن التفاوت بينهما فى القوة البدنية قد يجعل المعتدى عليه فى حاجة إلى أداة أكثر خطورة إن كان أضعف منه بدناً وقد يجعل الكفاية فى أداة أقل خطورة إن كان أقوى منه بدناً فللمدافع أن يدافع عن نفسه بالوسيلة التى يراها لازمة لرد الإعتداء والتى تختلف تبعاً لإختلاف الظروف - نقض ١٩٥٦/٣/٦ - ولا يجوز أن يحدد معيار مجرد للتناسب بل من المتعين مراعاة الظروف التى أحاطت بالمدافع وقت تعرضه للخطر وسيطرت على تفكيره ووجهت تصرفه ومن ثم لم يكن سائغا محاسبته على مقتضى التفكير الهادىء المطمئن الذى لا يقوى عليه والخطر يهدده ويجعل تفكيره وتصرفه مضطربين .. » (١٥٤) .

« وترى محكمة النقض كما فى حكمها الصادر يوم ١٩٦١/١٢/١٢ أن معيار التناسب يقوم على الموازنة بين الإعتداء الواقع على المدافع والذى خول له حق الدفاع وبين ما أتاه فى سبيل الدفاع »

بينما ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه يشترط ألا يكون بين الاعتداء والدفاع عدم تناسب ظاهر إذ لا يمكن

أن تتطلب المساواة الكاملة بين الفعلين فثمة إختلاف يتسامح فيه إذ تفرضه الظروف ولا يقوى شخص معتاد على تجنبه » (١٥٥) .

٣ - *معيار التناسب* :-

« والمعيار الذى يستند إليه فى تقدير التناسب معيار موضوعى قوامه النظر للتصرف الذى يقوم به الشخص المعتاد مع مراعاة كافة الظروف التى تحيط بالإعتداء » (١٥٦) ... ويقصد بالشخص المعتاد « الشخص الذى يقدر الأمور ويتصرف فى مواجهتها على النحو المألوف المتفق مع الخبرة الإنسانية العامة وللقاضى أن يعتبر نفسه هذا الشخص فيخضع نفسه موضع المدافع ويتساءل عما إذا كان يرد الخطر بالفعل الذى التجأ إليه أم أنه كان سيلجأ إلى أفعال أقل جسامة .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المعيار ليس موضوعياً خالصاً إذ لا يجوز إغفال الظروف التى أحاطت بالمدافع وجعلته يتصرف على النحو الذى تصرف به بل يتعين إفتراض الشخص المعتاد مخاطباً بذات الظروف التى أحاطت بالمدافع وهذه الظروف لا تقبل الحصر فتتعلق على سبيل المثال بقوة المدافع البدنية ودرجة هدوء أعصابه وسنه وجنسه والمكان والزمان اللذين تعرض فيهما للإعتداء وتصف محكمة النقض معيار التناسب بناء على ذلك على أنه معيار إعتبارى .

ونخلص من ذلك أنه إذا كان المدافع يقدر حقيقة جسامة الخطر وكانت الوسيلة الملائمة لدرئه تحت تصرفه ولكنه التجأ إلى فعل أشد خطراً فإن التناسب يعد منتفياً مثال ذلك أن يتعرض شخص لإعتداء بالضرب ويكون فى إستطاعته ضرب المعتدى أو تحطيم الأداة التى يستعملها ويثبت أنه كان من شأن أحد هذين الفعلين درء الخطر ولكنه يقتله . » (١٥٧) .

٤ - *إثبات التناسب* :-

بقى أن نقول « أن تقدير التناسب بين فعل الدفاع وفعل الاعتداء أمر موضوعى تفصل فيه محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى بنت قضائها على أسباب سائغة ولذلك فإن المحكمة إذا كانت قد أثبتت فى حكمها من الوقائع ما يدل على أن المتهم كان فى حالة دفاع شرعى ولكنها إستخلصت ما يخالف هذه الحقيقة فإنه يكون لمحكمة النقض أن تصحح هذا الإستخلاص بما يقضى به المنطق والقانون فتقضى بنقض الحكم وببراءة المتهم متى توافرت فى الواقعة أركان الدفاع الشرعى . . » (١٥٨) .

المبحث الثالث

قيود الدفاع الشرعى

***ماهى قيود الدفاع الشرعى* :-**

« يترتب على توافر شروط الدفاع الشرعى أن ترتفع عن سلوك المدافع الصفة غير المشروعة ويصبح من حقه اللجوء للدفاع . . غير أن المشرع قيد هذا الحق فى حالتين نصت عليهما المواد ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات إذ إشترط لقيام الدفاع الشرعى فيهما شروطاً خاصة إلى جانب الشروط العامة المتطلبة فى كل دفاع فقد حظر مقاومة مأمورى الضبط أثناء قيامهم بحسن نية بعمل بناء على واجبات وظيفتهم ولو تخطوا حدودها إلا فى حالات خاصة . . كما منع الإلتجاء إلى القتل العمد كوسيلة للدفاع إلا فى حالات محددة على سبيل الحصر . . وينبنى على ذلك أنه إذا لم تتوافر الشروط الخاصة المنصوص عليها فى هذه المواد يظل سلوك من تعرض للخطر غير مشروع بالرغم من توافر الشروط العامة للدفاع الشرعى . . » (١٥٩) « ومؤدى هذا إعتبار فعل الدفاع غير مشروع على الرغم من توافر كل شروط الدفاع الشرعى . » (١٦٠) .

القيد الأول

حظر مقاومة مأمورى الضبط

١ - المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات :-

ورد هذا القيد فى المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات والتى نصت على أنه « لا يبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول » .

« ولولا هذا النص لكان تجاوز مأمور الضبط حدود واجبة سبباً يبيح ممارسة الدفاع الشرعى ضده . لأن التجاوز من جانبه يعتبر إعتداء فى أغلب الأحوال » (١٦١) .

« وقد قصد المقنن بهذا القيد أن يوفر لمأمورى الضبط نوعاً من الضمان فى قيامهم بأداء واجبات وظائفهم مقدراً ما كان ينتهى إليه الأمر من عرقلة سير أعمالهم لو أنه ترك للمعتدى عليه أو للمدافع عنه فى الحالة التى يتوافر فيها هذا القيد إستعمال القوة ضدهم (١٦٢) كما روعى فى حظر الدفاع الشرعى ضد مأمورى الضبط - أيضاً - ماتتسم به أعمالهم من طابع الشرعية وأن فى إجازة مقاومتها مايعوقها عن تحقيق أغراضها ... » (١٦٣) « فضلا عن أن مأمورى الضبط يمثلون هيبة الدولة وسلطاتها وفى إباحة إستعمال القوة ضدهم أثناء قيامهم بأعمالهم مساس بهيبة الحكومة .. » (١٦٤) .

٢- من هم *مأمورى الضبط*...؟ :-

« يراد بمأمورى الضبط رجال الضبطية الإدارية والقضائية وهم فريق من الموظفين العامين يدخل فى إختصاصهم إتخاذ إجراءات القهر والإجبار تنفيذا لحكم القانون أو أوامر الرؤساء فيدخل فى عدادهم أعضاء النيابة العامة ورجال الشرطة والقوات المسلحة .. فليس كل موظف عام من مأمورى الضبط وتحديد ما ذا كان الموظف من مأمورى الضبط يقتضى البحث فى الإختصاص المخول له ... والتحقق مما إذا كان يتضمن الإستعانة بالقوة الجبرية أم لا يتضمن ذلك » (١٦٥) .

« وإذا كان القانون المصرى قد قصر هذا القيد على مأمور الضبط فإن هناك تشريعات أخرى قد عممته على كافة الموظفين العموميين مثل القانون الليبى فى « المادة ٧٠ مكرراً » .

« ويدخل فيهم أعضاء النيابة العامة ومعاونوها وضباط الشرطة وأمناؤها والعمد ومشايخ البلاد ومشايخ الخفراء ونظار ووكلاء محطات السكك الحديدية كما يدخل فيهم من يقومون بوظيفة الضبطية فى جرائم معينة تتعلق بالوظائف التى يؤدونها عادة مثل : مفتشو صحة المحافظات ومفتشو صحة المراكز والأقسام ومفتشو التموين وغير هؤلاء ممن نصت عليهم المادة ٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية»(١٦٦).

٣ - *نطاق هذا القيد* :-

ما من شك فى أنه متى كان عمل مأمور الضبط فى حدود القانون فإن أفعاله تكون مشروعة ولا يكون محل للدفاع الشرعى حيث تشترط القاعدة العامة لإباحة الدفاع الشرعى أن يكون الخطر الذى يهدد المدافع خطر غير مشروع .

ولكن فى حالة ما إذا كان المأمور قد جاوز حدود القانون فصار عمله غير مشروع وتقتضى القاعدة العامة إباحة الدفاع الشرعى ضده . هنا يكون نطاق القيد والحظر حيث قام الشارع - أخذا بعدة إعتبارات - يحظر الدفاع الشرعى على سبيل الإستثناء مثال ذلك أن يقبض مأمور الضبط القضائى على متهم بمقتضى أمر بالقبض باطل من حيث الشكل أو أن يقبض على شخص غير الذى عين فى أمر القبض أو أن يشاهد فعلاً يظنه جريمة تبيح القبض فيقبض على مرتكبه . » (١٦٧)

٤ - شروط إعمال القيد :-

لم يشأ المشرع أن يجعل هذا القيد مطلقاً من أي شرط حتى لا يكون من شأنه الإهدار الكامل لحقوق الأفراد ولذلك تطلب القانون توافر ثلاثة شروط لقيامه هى : -

١ - أن يكون مأمور الضبط حسن النية .

٢ - أن يدخل العمل فى إختصاص مأمور الضبط .

٣ - ألا يكون ثمة خوف من أن يترتب على الفعل بناء على أسباب معقولة موت أو جراح بالغة .

(أ) حسن نية مأمور الضبط .

يقصد بحسن نية مأمور الضبط إعتقاده أن عمله فى حدود القانون وأنه داخل فى نطاق اختصاصه الوظيفى « أى يجهل السبب الذى يصيب عمله ويخلع عنه الصفة المشروعة فإذا قبض على متهم بمقتضى أمر باطل من حيث الشكل فالغرض أنه يجهل العيب الشكلى ويعتقد أن الأمر صحيح وإذا قبض على شخص غير الذى عين فى أمر القبض فحسن نيته يعنى إعتقاده أن من يقبض عليه هو الشخص المعين فى أمر القبض . . . » (١٦٨) .

أما إذا كان مأمور الضبط سيىء النية فى عمله فإن مقاومته وفقاً لقواعد الدفاع الشرعى تكون جائزة وفقاً لما نص عليه حكم محكمة النقض الصادر يوم ١٩٤٥/٥/١٤ ... ومن أمثلة الحالات التى تسوء نية المأمور فيها أن يحاول تنفيذ أمر القبض ضد شخص غير المعين فى أمر القبض لأنه يحمل عداء له أو أن يرتكب فعلا ظاهر المخالفة للقانون بحيث لا يتصور أن تكون نيته حسنة كما لو عذب متهماً أو هتك عرضاً . » (١٦٩) .

« وحسن نية مأمور الضبط أمر مفترض ويقع عبء إثبات سوء نيته على عاتق من إستعمل القوة ضده ومع ذلك فإن العمل الظاهر مخالفته للقانون كتعذيب المتهم أو هتك العرض يعنى بذاته انتفاء حسن نيته والفصل فى هذا الشأن يعتبر من المسائل الموضوعية التى يترك أمر تقديرها لقاضى الموضوع » (١٧٠) .

(ب) دخول العمل فى دائرة الإختصاص :

يرى البعض أن هذا الشرط « مستخلصاً من المادة ٢٤٨ عقوبات التى إشترطت أن يكون ما أتاه بناء على واجبات الوظيفة فإذا كان العمل لا يدخل أصلاً فى إختصاصه إنتفت الحكمة التى من أجلها نص المشرع على هذا القيد » (١٧١) .

ويرى آخرون « أن هذا الشرط لم يصرح به الشارع ولكن مستفاد من علة القيد إذ أن الشارع يريد مباشرة مأمور الضبط إختصاصه على الأفراد أما إذا كان العمل لا يدخل أصلاً فى إختصاص مأمور الضبط فلا تقوم الحاجة إلى حظر الدفاع الشرعى فى مواجهته إذ لا تقتضى مصلحة المجتمع تنفيذ هذا العمل .

وقد سلم القضاء بوجود توافر هذا الشرط فإذا قبض مأمور الضبط القضائى على شاهد لإرغامه على الحضور للإدلاء بمعلوماته أمامه فالدفاع جائز لأن القبض على الشاهد ليس داخلا فى إختصاصه أصلا والتحقق من توفر هذا الشرط يقتضى البحث فى إختصاص المأمور والتأكد من دخول العمل فيه » (١٧٢)

(جـ) الا يكون ثمة خوف من أن يترتب على الفعل موت أو جراح بالغة .

« إذا كان المشرع قد حظر الدفاع الشرعى ضد مأمور الضبط الحسن النية بالرغم من تخطيه لحدود وظيفته إلا أن هذه الحماية لا يجوز أن تمتد فتشمل الحالات التى يخشى فيها من يتعرض لعمل المأمور من أن يترتب عليه موت أو جروح بالغة مادام هناك مبرر معقول لهذه الخشية فليس من المنطق أو من العدل التضحية بالحياة أو التعرض لجراح جسيمة لمجرد ضمان مباشرة مأمور الضبط لإختصاصه خصوصاً إذا روعى أنه

قد خرج عن حدود وظيفته » (١٧٣) . . . « فإذا تصور مأمور الضبط - خطأ - أن المتهم الذى قبض عليه أو ذويه يريدون قتله لتخليص المتهم فيعد سلاحه النارى للاطلاق ويأخذ وضع الاستعداد لذلك أو إذا أصر على تنفيذ أمر القبض على إمرأة فى حالة مخاض فى بيتها رغم مافى ذلك من خطر على حياتها وعلى حياة الجنين الذى توشك أن تلده فإن للمهدد بالخطر أو غيره مقاومته ويكون فعله عن ذلك مباحاً » (١٧٤) .

« وإشترط القانون أن يكون خوف المهدد بهذا الخطر سبب معقول وتقرير جسامة الجراح متروك للسلطة التقديرية للقاضى والتحقق من قيام الخوف لدى المهدد بالخطر يقتضى البحث فى حالته النفسية لتقدير مادار فى ذهنه عن الخطر الذي هدده وإشتراط وجود سبب معقول لهذا الخوف يعنى تخويل القاضى سلطة رقابة تقدير المدافع وتفكيره ولكن تتعين مراعاة الظروف التى أحاطت بالمدافع وقت تعرضه للخطر فإذا بالغ فى خوفه فقدر الخطر بأكثر من حقيقته ولكن كان فى ظروفه مايبرر ذلك فإن الخوف يعد قائماً على سبب معقول . . ومثال الحالات التى يجوز فيها الدفاع لانتفاء هذا الشرط أن ينفذ مأمور الضبط أمراً بالقبض ضد شخص أجريت له عملية جراحية منذ وقت قليل بحيث يرجح أن يترتب على نقله إلى محل الشرطة وفاته أو إصابته بضرر صحى جسيم » (١٧٥) .

« وتقدير وجود السبب المعقول الذى يبرر أعمال الدفاع من شأن قاضى الموضوع يفصل فيه بمراعاة الظروف المحيطة بالمدافع .. فإذا إنتهت محكمة الموضوع إلى وجود هذا السبب أو عدم وجوده فلا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض مادام أن ما إنتهت إليه يتفق عقلاً مع ما ساقته من مقدمات » (١٧٦) .

« على أن إباحة فعل الدفاع ضد مأمور الضبط فى هذه الحالة يفترض إنطواء عمله على خطر حقيقى يهدد بالموت أو بجروح بالغة مفهومة على أنها الجروح التى يحتمل أن تفضى إلى عاهة مستديمة أو مرض أو عجز خطيرين فلا تباح مقاومة مأمور الضبط إذا لم يكن لهذا الخطر وجود إلا فى إعتقاد المعتدى عليه ولكن يجوز عندئذ الدفع بإمتناع المسئولية للغلط الحتمى فى الإباحة إذا كان الإعتقاد بقيام الخطر مبنياً على أسباب معقولة » (١٧٧) .

٥ - *متى تجوز مقاومة مأموري الضبط . . .* ؟

« إذا إنتفى شرط من الشروط السابقة فالدفاع جائز ضد مأمور الضبط ولكن يشترط لذلك توافر كل شروط الدفاع الشرعى ومن أهمها حلول الخطر ولزوم فعل الدفاع وتناسبه مع جسامة الخطر فالدفاع جائز ضد مأمور الضبط إذا ساءت نيته أو لم يكن الفعل داخلا أصلاً فى إختصاصه أو كان يخشى أن يترتب عليه موت أو جراح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول » (١٧٨) .

« ويقع على المدافع عبء إثبات إنتفاء أحد هذه الشروط أو كلها والتى يعلق القانون عليها حظر الدفاع غير أنه إذا كان عمل المأمور ظاهر المخالفة للقانون إنتقل عبء إثبات حسن النية على عاتق سلطة الإتهام والفصل فى توافر هذه الشروط أو عدم توافرها أمر يتعلق بوقائع الدعوى يرجع فيه إلى تقدير محكمة الموضوع ، وإذا رفضت المحكمة ماتمسك به المتهم من أنه كان فى حالة دفاع شرعى ضد مأمور الضبط تعين عليها أن تبرز توافر الشروط الثلاثة التى يشترطها القانون لحظر الدفاع ضده حتى تستطيع محكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون وإلا كان حكمها مشوباً بقصور فى التسبيب يستوجب نقضه » (١٧٩) .

القيد الثاني:

حظر القتل العمد في غير حالات محدودة على سبيل الحصر .

١ - المادة ٢٤٩ عقوبات .

تنص المادة ٢٤٩ عقوبات على أنه :

« حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصوداً به دفع أحد الأمور الآتية : -

أولاً: فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .

ثانياً: إتيان إمرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة .

ثالثاً: إختطاف إنسان .

٢ - المادة ٢٥٠ عقوبات

وتنص المادة ٢٥٠ على أنه

« حق الدفاع عن المال لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصوداً به دفع أحد الأمور الآتية :-

أولا : فعل من الأفعال المبينة في الباب الثاني من هذا الكتاب .

ثانيا: سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات .

ثالثا : الدخول ليلاً في منزل مسكون أو في أحد ملحقاته .

رابعا: فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .

٣ - علة هذا القيد :-

« يتعلق هذا القيد بالتناسب بين فعل الدفاع وجسامة الخطر . . فالشارع يحدد على سبيل الحصر حالات معينة يجيز فيها الدفاع عن طريق القتل العمد وفيما عدا هذه الحالات يحظره القانون ولو كان لازماً لرد الخطر ومتناسباً معه وفقاً للضابط المحدد سابقاً ويعني أيضاً أن الشارع لا يسمح بالقتل العمد لمجرد أنه متناسب مع جسامة الخطر . وهو لا يسمح به كذلك إلا إذا توافرت كل شروط الدفاع الشرعي ومن بينها تناسب الفعل مع جسامة الخطر وتوضيح ذلك أن إباحة القتل العمد منوطة بتوافر إحدى الحالات التي ينص عليها القانون ومنوطة كذلك بكون القتل متناسباً مع جسامة الخطر ، فالمعيار العام للتناسب لا يطبق لإباحة القتل في غير هذه الحالات ولكنه يطبق لإستبعاد الإباحة على الرغم من توافر إحدى هذه الحالات إذا كان درء الخطر ممكناً عن طريق فعل أقل من القتل جسامة فمن يهدد بسرقة تعد من الجنايات - وهي حالة ينص عليها القانون لا يباح له القتل إذا كان في وسعه درء خطرها عن طريق الضرب أو الجرح » (١٨٠) .

« والذي حدا بالشارع إلى إيراد هذين النصين هي الرغبة في الحد من القتل نظراً لجسامته فليس للمهدد بالإعتداء أن يلجأ للقتل في غير الحالات الواردة في المادتين ولو كان القتل هي الوسيلة اللازمة للدفاع ولا يجوز للمدافع أن يلجأ للقتل لدفع خطر جريمة من الجرائم الواردة في المادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠ إلا إذا كان القتل هي الوسيلة المناسبة حيال الإعتداء وتوافر حالة من هذه الحالات ليس إلا قرينة بسيطة على تناسب الإعتداء مع القتل غير أنها قابلة لإثبات العكس ولا تسلب الحاكم سلطة تقدير التناسب » (١٨١) .

٤ - القتل العمد دفاعاً عن النفس :-

نصت المادة ٢٤٩ من قانون العقوبات على ثلاث حالات يجوز فيها القتل العمد دفاعاً عن النفس هي :

١ - لمواجهة « فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة . إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة . . » .

ويفترض الشارع في هذا النص أن الفعل يهدد بأحد خطرين : الموت أو الجراح البالغة - ويشترط أن يكون للإعتقاد بقيام هذا الخطر سبب معقول ويراد بالجراح البالغة ما يكون من شأنه إحداث عاهة أو مرض أو عجز خطرين ويلاحظ أن النص لا يتطلب أكثر من

فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو الجراح البالغة فلا يلزم إذن فى الفعل المتخوف منه أن يكون خطراً حقيقياً فى ذاته بل يكفى أن يبدو كذلك فى إعتقاد المدافع ولكن بشرط أن يكون هذا الإعتقاد مبنياً على أسباب معقولة .. وتقدير ما إذا كان الفعل من شأنه أن يحدث الموت أو جروحاً بالغة يرجع إلى محكمة الموضوع تقدره على وفق ماكان يحيط بالمدافع من ظروف وبالنظر إلى حالته على ماتقدم فى تقدير مناسبة القوة التى تستعمل فى الدفاع » (١٨٢) .

٢- مواجهة « إتيان إمرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة » ويعنى الشارع بذلك تهديد الخطر بارتكاب المعتدى جريمة وقاع أنثى بغير رضاها «المادة ٢٦٧ع » أو جريمة هتك العرض بالقوة أو التهديد « المادة ٢٦٨ع » .

٣- مواجهة « اختطاف إنسان » ويعنى الشارع بذلك الجرائم التى تنص عليها المواد ٢٨٣ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ من قانون العقوبات .

٥ - القتل العمد دفاعاً عن المال :-

أما المادة « ٢٥٠ع » فقد حددت الحالات التى يجوز فيها اللجوء للقتل العمد دفعاً عن المال حيث نصت على أن حق الدفاع الشرعى لا يجوز أن يبيح العمد إلا فى مواجهة حالة من الحالات الآتية :

١ - « فعل من الأفعال المبينة فى الباب الثانى من الكتاب الثالث من قانون العقوبات » وهى جرائم الحريق العمد الموضحة بالمواد « ٢٥٢ - ٢٥٧ ثم المادة ٢٥٩ع » .

٢ - « سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات » وهى السرقات المنصوص عليها فى المواد من ٣١٣ إلى ٣١٦ ، مكرر ثانياً من قانون العقوبات

٣ - الدخول ليلاً فى منزل مسكون أو فى إحدى ملحقاته .

« فمن يدخل مسكن الغير ليلا دون رضائه ودون أن يكون فى وسع حائز المسكن العلم بغرضه يريد شراً غير معروف مداه فقد يكون بالغاً أقصى الخطورة إذ من المتصور أن يكون غرضه القتل أو السرقة أو إغتصاب امرأة أو هتك عرض بالقوة ولذلك اعتبر الشارع حائز المسكن على حق حينما يفترض أن من يدخل مسكنه فى هذه الظروف يهدده بخطر جسيم لا يصلح لدرئه غير القتل العمد » (١٨٣) .

وشروط إباحة القتل العمد فى هذه الحالة هى :

(أ) أن يكون الدخول فى منزل مسكون أو فى أحد ملحقاته .

« والمنزل المسكون هو المكان الذى يقيم فيه شخص أو أكثر بالفعل ومظهر الإقامة فيه هو تخصيصه للنوم ومظاهر الحياة التى جرى عرف الناس على حجبها عن إطلاع الغير عليها .. ويشترط أن يكون المنزل مسكوناً بالفعل فلا يكفى كونه معداً للسكن ولكنه لم يسكن أحد بعد .. ولكن القانون لا يتطلب وجود سكانه فيه وقت دخول المعتدى فقد يقع الإعتداء حين يغادره السكان مؤقتاً (١٨٤) .

ولكن هناك من يشترط وجود السكان فى النزل لحظة الإعتداء » (١٨٥) .

ويقصد بملحقات المنزل أماكن ليست مسكونة ولا معدة للسكن ولكنها متصلة بالمنزل المسكون كهف النزل وحديقته ومخازنه وسطحه ... الخ .

(ب) أن يثبت جهل الحائز للسكن لغرض المعتدى من الدخول .. « إلا فى حالة ما لو كان الغرض الذى علم به يهدد بجريمة تبيح القتل العمد قانوناً .. أما إذا علم بمقدار الخطر الذى يهدده فعليه أن يجعل دفاعه متناسباً معه .. وكل مصادر العلم سواء فقد يبلغه شخص أو يعلم عن طريق الشائعات أو تكون الظروف

هى مصدر علمه » [١٨٦] وتطبيقاً لذلك « إن علم عن طريق مـا أن من يدخل منزله يريد لقاء فتاة أو إتلاف منقول حينئذ يكون القتل غير مباح » [١٨٧] .

« أو تدل الظروف على أن الداخل يحاول الإستيلاء على بعض فواكه الحديقة وإن هذا هو كل غرضه فيكون القتل غير مباح كذلك » [١٨٨] .

(جـ) أن يكون دخول المسكن أو أحد ملحقاته « ليلا » .

فالليل بما يكتنفه من ظلام وقلة المارة فى الطرق العامة مظنة لمناخ مناسب للجريمة ويسهل للمعتدى تنفيذ مقصده حيث تصعب النجدة والمعونة ... « والليل حسب مااستقرت عليه محكمة النقض هى الفترة بين غروب الشمس وشروقها وحسب ما تواضع عليه الناس فيعتبر دخول المنزل حاصلاً ليلاً إذا وقع بعد غروب الشمس وقبل أن يخيم الظلام بالفعل أو كان وقوعه قبل شروق الشمس ولو بعد طلوع الفجر » [١٨٩]

« فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة جاز الدفاع الشرعى بالقتل العمد وتعين على محكمة الموضوع أن تقضى بالبراءة ولهذا تكون محكمة الموضوع قد خالفت القانون إذا أثبتت فى حكمها ما يدل على توافر هذه الشروط الثلاثة ولكنها نفت توافرها الحق أو إعتبرت المدافع متجاوزاً لحدود الدفاع » [١٩٠] .

٤ - « فعل يتخوف أن يحدث عنه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة » .

ويقصد بذلك إرتكاب المعتدى فعل إعتداء على المال يهدد بالخطر للحياة أو يهدد على نحو خطير سلامة الجسم .. مثال أن يحاول شخص إتلاف آلة فيهدد ذلك بإنفجارها بحيث تقضى على حياة العاملين عليها أو تصيبهم بجراح بالغة . .

وذهب البعض أنه كان « من الممكن الإستغناء عن هذه الحالة بما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٤٩ الخاصة بإباحة القتل العمد دفاعاً عن النفس طالما أن الخطر يهدد فى النهاية نفس الإنسان » [١٩١]

ولكن الصحيح وجود فرق بين الحالتين ففى الحالة التى ذكرتها المادة ٢٤٩ع الخطر يهدد النفس مباشرة أما حالتنا هذه فالخطر يهدد المال ثم يمتد تهديده إلى النفس » [١٩٢] . وإن كانت المحصلة واحدة ..

الفصل الثالث

الدفاع الشرعى فى الشريعة الإسلامية

المبحث الأول : الجريمة والإباحة .

المبحث الثانى : الدفاع الشرعى الخاص «دفع الصائل» .

المبحث الثالث : الدفاع الشرعى العام « الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر » .

المبحث الأول

الجريمة والإباحة فى الشريعة

١- مصادر التشريع الجنائى فى الإسلام:

« من المبادىء فى الإسلام أن الله سبحانه وتعالى هو مصدر الشرائع والأحكام سواء كان طريق معرفة الحكم هو النص الصريح المباشر فى القرآن أو السنة ، أو إجتهاد المجتهدين لأن دور المجتهد ينحصر فى إبراز حكم الله والكشف عنه بطريق الاستنباط الفعلى ضمن مقاصد الشريعة وحسب روحها العامة إلا أن الله تعالى تفضلاً منه وإحساناً كتب على نفسه الرحمة فلا يشرع إلا ما يكون متفقاً مع الحكمة ومحققاً للمصلحة فما أباحه الله فهو نافع طيب وما حرمه فهو ضار خبيث ولقد تأكد هذا المبدأ باستقراء الأحكام الشرعية وفحصها فإنها كلها شرعت بتحقيق مصلحة الإنسان إما لجلب النفع له أو دفع الضرر عنه ... قال تعالى مبيناً خاصية رسالة رسوله ﷺ ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ الأنبياء ١٠٧

وقال سبحانه : ﴿ رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ النساء (١٦٥) . فكان من رحمة الله بالناس فى التشريع أنه قصد حفظ التوازن بين مصالح الفرد ومصالح المجتمع فما جعله الشرع مباحاً مأذوناً أو واجباً مفروضاً على الإنسان فهو إما نافع له نفعاً محضاً أو أن نفعه أكثر من ضرره أو أنه محقق للمنفعة لأكبر مجموعة من الناس وما جعله الشرع حراماً أو مكروهاً فهو لأنه شر محض أو لأن ضرره أكثر من نفعه أو لأنه ضار بمصلحة أكبر مجموعة من الناس » [١٩٣] « ولهذه المعانى كلها وجب أن يكون مقياس إعتبار المصلحة والمفسدة ومعيار النفع والضرر هو تقدير المشرع الحكيم وهو الله سبحانه لما فى ذلك من ثبات وخلود وضمان أكيد لمصلحة الفرد والجماعة وتهيئة الإنسان فى الحياة الدنيا للحياة الأخرى» [١٩٤]

« والإسلام يتميز بنظرة شاملة فى تنظيمه لشئون الحياة ولاسيما الحرام فهو قد نظم علاقات الإنسان الثلاث : علاقته بخالقه ، وعلاقته بنفسه ، وعلاقته بمجتمعه لأنها علاقات متلازمة يستلزم بعضها بعضاً والعناية بعلاقة منها تؤدى فى النتيجة إلى العناية بالعلاقات الأخرى فكان ذلك فى الحقيقة ضامناً تحقيق الهدف الإصلاحى الذى تنشده الجماعة ويحمى مصالحها » [١٩٥] .

« ومصادر التشريع الإسلامى الجنائى المقرر للجرائم والعقوبات أربعة مصادر منها ثلاثة متفق عليها وهى :

١- القرآن .

٢- السنة .

٣- الإجماع .

أما الرابع فهو القياس وقد إختلف فيه الفقهاء فرأى البعض أنه مصدر تشريعى جنائى ورأى البعض أنه ليس مصدر فى تقرير الجرائم والعقوبات ... ويجب أن نلاحظ الفرق الهام بين القرآن والسنة من ناحية وبين غيرهما من المصادر من ناحية أخرى ... فالقرآن والسنة هما أساس الشريعة وهما اللذان جاءا بنصوص الشريعة المقررة للأحكام الكلية ، أما بقية المصادر فهى لا تأتى بأسس شرعية جديدة ولا تقرر أحكاماً كلية جديدة وإنما هى طرق للإستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ولا يمكن أن تأتى بما يخالف القرآن والسنة لأنها تستمد منها وتستند إلى نصوصها » [١٩٦] .

٢- *المحظور والمباح فى الشريعة :*

« الحرام والمباح ضدان لأن الإباحة ضد الحظر ، فالمباح هو ما إذن الشرع فى فعله أو خيَّر المكلف بين فعله وتركه دون أن يتعلق بفعله مدح أو ذم أو ثواب وعقاب مثل : كل ما أباحه الله لنا من طيبات الرزق والإستمتاع بنعيم الحياة الذى لم يرد نص فى الإسلام يجعله حراماً أو كل ما أباحه المرء لغيره للإنتفاع به مع بقاء عينه كما فى حال الإعارة والإجارة أو لاستهلاكه كما فى حال الضيافة أو ما إذن فيه الشرع لدفع الضرر إستثناءً من المحظور عادة مثل أكل الميتة للمضطر وأكل النجاسات والخبائث إضطراراً وقتل القاتل وتطبيق العقوبات والحدود على الزناه والسراق وقطاع الطرق ونحوهم للزجر وقطع بعض الأعضاء للتداوى أو لحصر الداء فى مكان الداء ، بل منها ما هو واجب .

والحرام هو ما طلب المشرع تركه حتماً بحيث يذم فاعلة ويعاقب على إرتكابه فى الأخرة وقد ينضم إليه عقاب فى الدنيا مثل أكل أموال الناس بالباطل وقتل النفس التى حرم الله بغير حق وإيذاء الناس بالقول أو بالفعل وتناول كل ما يضر بالجسد أو بالعقل وإقتراف الفواحش وإنتهاك الأعراض ونحوه من كل ما فيه ضرر غالب » [١٩٧] .

٣- التعريف الإسلامى للجريمة :

تعرف الجريمة فى الشريعة الإسلامية على أنها « محظور شرعى زجر الله عنه أو تعزيز » [١٩٨] .

والمحظورات الشرعية هى إما إتيان فعل منهى أو ترك فعل مأمور به وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية إشارة إلى أنه يجب فى الجريمة أن تحظرها الشريعة ويتبين من تعريف الجريمة أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة ، ويعبر الفقهاء عن العقوبات بالأجزية ومفردها جزاء فإن لم تكن على الفعل أو الترك عقوبة فليس بجريمة .

وكثير ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجناية ، حيث يمكن القول أن لفظ الجناية فى الإصطلاح الفقهى مساوٍ للفظ الجريمة ، ففى الشريعة الإسلامية كل جريمة هى جناية سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أو بأشد منها وعلى ذلك فالمخالفة القانونية تعتبر جناية فى الشريعة والجنحة تعتبر جناية والجناية فى القانون تعتبر جناية فى الشريعة أيضاً » [١٩٩] .

وإذا كانت المعاصى تعرف بأنها إتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبته من الواجبات فإن المعنى الفنى للمعصية يقابل تماما بالمعنى للجريمة فى إستعمالنا القانونى » [٢٠٠] .

٤- مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص » :

« وقد سبق الفقهاء المسلمون إلى معرفة قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص » كما يتضح من القاعدتين القائلتين :

١- لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص .

٢- الأصل فى الأشياء الإباحة .

مصدر هاتين القاعدتين قول الله تعالى ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ الإسراء : ١٥ وقوله تعالى ﴿ وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولاً يتلو عليهم أياتنا ﴾ القصص ٥٩ وقوله جل وعلا ﴿ رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ النساء : ١٦٥ فهذه النصوص قاطعة بأن لا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة إلا بعد إنذار » [٢٠١] .

« ويختلف تطبيق القاعدة فى الشريعة بإختلاف نوع الجرائم التى تطبق عليها ففى الجرائم الخطيرة التى يتأثر بها أمن جماعة ونظامها تأثراً شديداً تتشدد الشريعة فى تطبيق القاعدة تشدداً تاماً فتدقق فى تحديد الجريمة وتعيين العقوبة وهذا هو المتبع فى جرائم الحدود وفى جرائم القصاص والدية ، وفى الجرائم الأقل خطورة وهى جرائم التعزير كلها مجموعة من العقوبات وتترك للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة وفى جرائم التعازير المقرة للمصلحة العامة تتساهل الشريعة فى تطبيق القاعدة من ناحية الجريمة وتكتفى بوضع نصوص عامة جداً يدخل تحتها إى فعل يمس المصلحة العامة والنظام العام فكأن الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق : لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلائمه وتلائم مصلحة الجماعة والأفراد »[٢٠٢] .

٥- الدفاع الشرعى وأسباب الإباحة :

« يباح الفعل المحرم فى الشريعة الإسلامية لأسباب متعددة ولكنها كلها ترجع إما لإستعمال حق وإما لأداء واجب ، فإستعمال الحقوق وأداء الواجبات هو الذى يبيح إتيان الأفعال المحرمة على الكافة ويمنع من مؤاخذة الفاعل لأن الشريعة الإسلامية جعلت له حقاً فى إتيان الفعل المحرم أو ألزمته بإتيانه فأباحت له بذلك ما حرم على الكافة » [٢٠٣] .

« فالأصل فى الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة ، ولكن الشارع رأى إستثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توافرت فيهم صفات خاصة لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضى هذه الإباحة ولأن هؤلاء الذين

يتاح لهم الأفعال المحرمة يأتونها فى الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع » [٢٠٤] .

وقد ذهب البعض إلى أن الدفاع الشرعى حالة من حالات الضرورة حيث يرى أن الضرورة بمعناها الأعم الشامل تتضمن كل ما يستوجب التخفيف على الناس وهى حالات كثيرة أهمها أربع عشرة حالة هى ضرورة الغذاء « الجوع أو العطش » والدواء والإكراة والنسيان والجهل والعسر أو الحرج وعموم البلوى والسفر والمرض والنقص الطبيعى ، وتشمل حالة العسر أو الحرج الدفاع الشرعى وإستحسان الضرورة أو الحاجة والمصلحة المرسلة لضرورة أو حاجة والعرف وسد الذرائع والظفر بالحق ، وإذا وجدت حالة ضرورة من هذه الحالات أبيح المحظور أو جاز ترك الواجب » [٢٠٥] ، ويرى هذا الرأى أن « الضرورة هى أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها ويتعين عندئذ إرتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعاً للضرر عنه فى غالب ظنه ضمن قيود الشارع » [٢٠٦] .

وواضح من التعريف السابق للضرورة أنه خرج عن تعريفات السلف لحالة الضرورة والتى قصرتها على حالة ضرورة الغذاء وحالة الإكراة « الإضطرار إما بإكراه من ظالم أو بجوع فى مخمصة أو بفقر لا يجد فيه غيره » [٢٠٧] ، وواضح أن أصحاب هذا الرأى خلطوا بين أسباب الإباحة وبين موانع المسئولية وموانع العقوبة وجعلوها كلها شيئاً واحداً تحت مسمى حالات الضرورة .

والصحيح هو إعتبار الدفاع الشرعى من أسباب الإباحة [٢٠٨] ، وتجب التفرقة بين حاله الدفاع الشرعى وبين حالة الضرورة الملجئة .. فحالة الضرورة المدنية الملجئة تعفى من العقاب إى من المسئولية الجنائية ولكنها لا تعفى من المسئولية « الضمان » وفى ذلك يقوي البزدوى « إن أثر الضرورة يظهر فى إسقاط الإثم دون الحكم فيلزم المضطر بالتعويض فمن أصابته مخمصة يباح له تناول مال الغير ولا يسقط الضمان » [٢٠٩] ، ومن ناحية أخرى فإن حالة الضرورة يقصد بها دفع ضرر ظرف خارجي كحريق وغريق أو عامل داخلى كالجوع والعطش وأن تقدير الخطر فى حالة الضرورة يرجع إلى معيار مادى محض .

٦- *أنواع الدفاع الشرعى:*

وللدفاع الشرعى فى الشريعة الإسلامية نوعان هما :

١- دفاع شرعى خاص ويعرف فى كتب الفقة بـ « دفع الصائل » .

٢- دفاع شرعى عام ويعرف بـ « الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر » وهو ما سنوضحه فيما يلى :

المبحث الثانى

الدفاع الشرعى الخاص « دفع الصائل »

١- *تعريفه :*

الدفاع الشرعى الخاص هو ما أصطلح الفقهاء على تسميته بدفع الصائل ويقصد به « واجب الإنسان فى حماية نفسه أو نفس غيره وحقه فى حماية ماله أو مال غيره من كل إعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الإعتداء » .

وذلك بقصد دفع الإعتداء وليس عقوبة عليه بدليل أن دفع الإعتداء فعلاً لا يمنع من عقاب المعتدى على إعتدائه » [٢١٠] ، وتسمى المعتدى صائلاً والمعتدى عليه مصولاً عليه .

٢- *دفع الصائل فى القرآن والسنة :*

ويستدل الفقهاء على مشروعية دفع الصائل بقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وأتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين ﴾ البقرة ١٩٤ وما رواه سعيد بن زيد عن رسول اللهﷺ أنه قال « من قُتل دون دينه فهو شهيد ومن قُتل دون دمه فهو شهيد ومن قُتل دون ماله فهو شهيد ومن قُتل دون

أهله فهو شهيد » « رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وصححه الترمذى » ، وما رواه أبو هريرة أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ فقال : يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالى ؟ قال : فلا تعطه قال فإن قاتلنى ؟ قال : فاقتله قال : أرأيت إن قتلنى ؟ قال : فأنت شهيد ، قال : أرأيت أن قتلته ؟ قال فهو فى النار « مسلم » ، وما رواه أبو هريرة أن النبى ﷺ قال « من أطلع فى بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقؤوا عينه » « أحمد » وفى رواية « فلا دية ولا قصاص » « أحمد والنسائى » ، وبحديث لعلى بن أمية قال « كان لى أجير فقاتل إنساناً فعض أحدهما صاحبه فانتزع أصبعه فأهدر - أى أزال - ثنيته فسقط فانطلق إلى النبى ﷺ فأهدر ثنيته وقال : أيدع يده فى فيك تقضمها كما يقضم الفحل ؟ » « رواه الجماعة إلا الترمذى » وفى رواية « قال النبى ﷺ « يعض أحدكم كما يعض الفحل لا دية لك » « رواه الجماعة ما عدا أبا داود » ، أما عن جواز الدفاع عن الغير فمن قول رسول الله ﷺ « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً ، قيل : كيف أنصره ظالماً ؟ قال : تحجزه عن الظلم فإن ذلك نصره » « البخارى والترمذى وأحمد » وقوله ﷺ « من أذل عنده مؤمن فلم ينصره وهو يقدر على أن ينصره أذله الله على رؤوس الأشهاد يوم القيامة » « أحمد » .

٣ - *دفع الصائل واجب أم حق ؟*

إتفق الفقهاء على أن أفعال الدفاع مباحة حيث لا مسئولية على المدافع لا جنائياً ولا مدنياً إلا لو تجاوز حدود الدفاع المشروع على النحو الذى سنفصله فيما بعد . .

ولكن هل الدفاع الشرعى هنا واجب على المدافع يأثم لو لم يقم به . . أم هو حق للمدافع له القيام به أو القعود عنه ؟ .

والجواب أن تكييف الدفاع الشرعى يختلف بإختلاف المصلحة المهدرة بالعدوان على النحو التالى :

١ - *حالة الدفاع الشرعى عن النفس :*

إذا تعرض الإنسان لهجوم بقصد الإعتداء على نفسه أو عضو من أعضائه سواء كان الهجوم من إنسان آخر أو من بهيمة . . يرى الأحناف والراجح عند الشافعية والمالكية أن الدفاع الشرعى هنا واجب على المعتدى عليه [٢١١] . . بينما الراجح عند الحنابلة والمرجوح عند المالكية والشافعية أن الدفاع هنا جائز وليس واجباً [٢١٢] .

وفرق بعض الشافعية فقالوا يجب دفع الصائل الكافر أو البهيمة ويجوز دفع الصائل المسلم بل يسن الإستسلام له [٢١٣] .

وفرق بعض الحنابلة بين حالة الفتنة وغيرها فجعلوا الدفاع جائزاً مطلقاً فى حالة الفتنة وواجباً مطلقاً فى غير حالة الفتنة [٢١٤] . وهو نفس ماذهب إليه بعض المالكية والشافعية [٢١٥] .

٢ - *حالة الدفاع عن العرض . .*

إذا تعرضت امرأة لإعتداء إنسان يريد إغتصابها . إتفق الفقهاء على أن الدفاع الشرعى هنا واجب على المرأة وعليها أن تدافع عن نفسها إن أمكنها ذلك وإن لم تستطع دفعه بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك . . ولها قتل الرجل المكره ولو قتلته كان دمه هدرا . . وكذلك يجب على الرجل إذا رأى غيره يحاول الإعتداء على إمرأة أن يدفعه ولو بالقتل إن أمكنه ذلك ولم يخف على نفسه لأن الأعراض حرمات الله فى الأرض لا سبيل إلى إباحتها بأي حال سواء عرض الرجل أو عرض غيره » [٢١٦] .

روي أحمد من حديث الزهرى بسنده عن عبيد بن عمير « أن رجلا أضاف ناساً من هذيل ، فراود إمرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر : والله لا يؤدى أبداً » وإذا جاز الدفاع عن المال الذى يجوز بذله وإباحته فدفاع المرأة أو الرجل عن نفسها وصيانتها عن الفاحشة التى لا يتاح بحال أصلاً : أولى » [٢١٧] .

٣- الدفاع عن المال :

« أجمع جمهور الفقهاء على أن الدفاع عن المال جائز للمعتدى عليه وليس واجباً . فله أن يدفع الصائل إن شاء وله ألا يدفعه والفرق بين المال والنفس أن المال مما يباح بالإباحة أما النفس فلا تباح بالإباحة » (٢١٨)

« وقال بعض المالكية لا يجوز الدفاع عن المال إذا كان شيئاً يسيراً ... وقال بعض العلماء : إن المقاتلة عن المال واجبة ... وفرق الشافعية بين أنواع الأموال فقالوا : لا يجب الدفاع عن مال لا روح فيه لأنه يجوز إباحته للغير أما ما فيه روح فيجب الدفع عنه إذا قصد إتلافه ما لم يخش على نفسه أو عرض لحرمة الروح .. حتى لو رأى أجنبى شخصاً يتلف حيوان نفسه إتلافاً محرماً وجب عليه دفعه على الأصح وكذلك يجب عليه الدفع عن مال تعلق به حق الغير كرهن وإجارة » (٢١٩) .

٤ - حالة الإطلاع على داخل البيت :

إذا إطلع رجل على بيت إنسان من ثقب أو نحو ذلك ذهب الشافعية والحنابلة بلا خلاف فى مذهبيهما إلى أن لصاحب البيت أن ينهاه فإن لم ينته جاز له أن يدفعه بأيسر مايندفع به فإن لم يندفع إلا بفقأ عينه ففقأها فلا مسئولية عليه .. » (٢٢٠) . وقد ذهب إلى هذا أيضاً بعض الأحناف وبعض المالكية .. أما الراجح فى المذهبين الأحناف والمالكية ذهب إلى أنه لا يحق للمدافع أن يفقأ عين من يطلع من الخارج لمجرد النظر لأنه لو نظر إنسان إلى عورة آخر بغير إذن لم يستبح فقأ عينه فالنظر إلى الانسان فى بيته أولى ألا يستباح به الفقأ ورأى الأحناف أن الحديث قصد به المبالغة فى الأجر عن الإطلاع » (٢٢١) .

٤ - شروط دفع الصائل :

هناك أربعة شروط لابد من توافرها لدفع الصائل حتى يمكن إعتبار المدافع فى حالة دفاع شرعى هى :-

١ - أن يكون هناك إعتداء أو عدوان .

٢ - أن يكون العدوان حالاً .

٣ - عدم إمكانية دفع الإعتداء بطريق آخر .

٤ - أن يدفع الإعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

أولاً : أن يكون هناك إعتداء أو عدوان :-

الشرط الأول أن يكون هناك إعتداء من الصائل على المصول عليه وإلا لم يجز دفعه كما لو ضرب الوالد إبنه يؤدبه ومستوفي القصاص حين يقتل القاتل « ويترتب على هذا الشرط أن كل فعل أوجبته الشريعة أو أجازته لا يعتبر إعتداء إذا باشره صاحب الحق فيه كالقبض والتفتيش والجلد والحبس وغير ذلك » (٢٢٢) .

وليس للإعتداء حد مقرر فيصح أن يكون شديداً أو بسيطاً . وبساطة الإعتداء لا تمنع من الدفاع ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع العدوان بالقوة اللازمة لدفعه ..

ويصح أن يكون الإعتداء واقعاً على نفس المصول عليه أو عرضه أو ماله كما يصح أن يكون واقعاً على نفس الغير أو عرضه أو ماله ويصح أن يكون واقعاً على نفس الصائل أو ماله كما لو حاول أن يقتل نفسه أو يقطع طرفه أو يتلف ماله » (٢٢٣) .

وليس من الضرورى فى رأى مالك والشافعى وأحمد أن يكون الإعتداء جريمة معاقباً عليها .. ويكفى أن يكون عملاً غير مشروع حتى لو كان الصائل غير مسئول جنائياً كالصبى والمجنون .. أما أبو حنيفة وأصحابه فيشترطون أن يكون الإعتداء مما يعتبر جريمة معاقباً عليها وأن يكون الصائل مسئولا جنائياً عنها وإلا كان الدفع قائماً على حالة الضرورة وخالف أبو يوسف فلم يشترط توافر مسئولية الصائل جنائياً ... » (٢٢٤) .

« ولا يشترط لقيام حالة الدفاع أن يقع الإعتداء فعلاً فليس على المصول عليه أن ينتظر حتى يتبدره الصائل بالاعتداء بل للمصول عليه أن ينتظر حتى

يتبدره الصائل بالاعتداء ، بل للمعول عليه أن يبدر الصائل بالمنع مادامت حالته تدل على أنه سيعتدى» [٢٢٥] « والرغبة فى الإعتداء لا تخلق حالة الدفاع وإنما المعتبر هو إمكان الإعتداء » [٢٢٦] .

ثانياً : أن يكون الإعتداء حالاً :

« لا يوجد المصول عليه فى حالة دفاع إلا إذا كان الإعتداء حالاً فإن لم يكن حالاً فعمل المصول عليه ليس دفعاً وإنما إعتداء لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الإعتداء فى الفعل أو الظن فحلول الإعتداء هو الذى يخلق حالة الدفاع ومن ثم لم يكن الإعتداء المؤجل محلاً للدفاع ولم يكن التهديد بالإعتداء محلا للدفاع إذ ليس هناك خطر يحتمى منه الإنسان بالدفع العاجل وإذا إعتبر التهديد إعتداء فى ذاته فإنه يجب أن يدفع بما يناسبه والالتجاء للسلطات العمومية كاف لحماية المصول عليه من التهديد » [٢٢٧] .

ثالثاً : ألا يمكن دفع الإعتداء بطريق آخر:

« يشترط لوجود حالة الدفاع أن لا يكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل ، فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب إستعمالها فإن أهمل المصول عليه هذه الوسيلة ودفع الإعتداء فهو معتد فإذا أمكن دفع الصائل مثلا بالصراخ والإستغاثة فليس للمصول عليه أن يضربه أو يجرحه أو يقتله فإن فعل كان فعله جريمة [٢٢٨] وإذا استطاع المصول عليه أن يمنع نفسه أو يمتنع بغيره دون إستعمال العنف فليس له أن يستعمله . » [٢٢٩] .

وهناك من رأى أن المصول عليه مكلف بأيسر ما يمكن لدفع الإعتداء ومن ثم أوجب عليه الهرب ما كان ذلك ممكناً ولكن رأى البعض أن الهروب لا يصلح للدفاع وأن المصول عليه غير ملزم بالهرب وعليه أن يثبت لدافعه الصائل [٢٣٠] . . . وفرق بعض الفقهاء بين الهرب المشين والهرب غير المشين وألزموا المدافع بالهرب إذا لم يكن مشيناً ولم يلزموه بذلك فى الحالة التى يكون فيها الهرب مشيناً . . . [٢٣١] .

رابعاً : أن يدفع الإعتداء بالقوة اللازمة لدفعه :-

يشترط فى الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الإعتداء فإن زاد عن ذلك فهو إعتداء لا دفاع . .

« فللمعتدى عليه أو لغيره أن يرد العدوان بالقدر الذى يكفى لدفع الإعتداء حسب تقريره فى غالب ظنه مبتدئاً بالأخف فالأخف إن أمكن فإن أمكن دفع المعتدى بكلام وإستغاثة بالناس حرم عليه الضرب وإن أمكن الدفع بالضرب باليد حرم إستخدام السوط وإن أمكن الدفع بالسوط حرم إستعمال العصا وإن أمكن الدفع بقطع عضو حرم القتل » [٢٣٢] .

« وليس للمدافع أن يقصد قتل الصائل أو جرحه إبتداء إلا إذا علم أنه لا يندفع إلا بذلك وأن القتل أو الجرح هو القوة اللازمة لدفعه » [٢٣٣] « وإذا كان الصائل يندفع بالعصا فلم يجد المصول عليه إلا سيفاً أو سكيناً فلا حرج عليه أن يدفعه بأيهما إذ لا يمكنه الدفع إلا به ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك إستصحاب عصا » [٢٣٤] .

٥ - مسئولية المدافع :-

« من المتفق عليه بين الفقهاء أن أفعال الدفاع مباحة فلا مسئولية على المدافع من الناحية الجنائية لأن الفعل ليس جريمة ولا مسئولية عليه من الناحية المدنية لأنه أتى فعلا مباحاً وأدى واجباً أو استعمل حقاً قرره الشارع . وأداء الواجبات وإستعمل الحقوق لا يترتب عليه أية مسئولية ، أما إذا تعدى المدافع حدود الدفاع المشروع فعمله جريمة يسأل عنها من الناحيتين الجنائية والمدنية » [٢٣٥] .

ولكن عند أبى حنيفة وأصحابه أن المدافع يكون مسئولا مسئولية مدنية فقط إذا كان الصائل صبياً أو مجنوناً أو بهيمة فلا قصاص عليه وإنما عليه الدية عن الصبى والمجنون ويضمن قيمة الدابة لأنهم كما سبق إشترطوا أن يكون العدوان جريمة معاقباً عليها والجريمة غير متصورة من البهيمة وغير معاقب عليها من الصبى والمجنون .

وخالف أبو يوسف الأحناف فاشترط أن يكون العدوان جريمة فحسب ولم يشترط أن تكون معاقباً عليها ولذلك ذهب إلى أن المدافع يكون مسئولاً مدنياً فقط عن قيمة الحيوان ولا تجب عليه دية في قتل الصبي أو المجنون » [٢٣٦] .

وأما إذا عض يد إنسان فانتزعها منه فسقطت أسنانه فلا ضمان عليه أي لا يسأل مدنياً عند جمهور الفقهاء . . ولكن الإمام مالكاً أوجب الضمان في مثل ذلك» [٢٣٧] .

ولو أدخل شخص رأسه في دار آخر فرماه صاحب الدار بحجر ففقأ عينه لا يضمن إجماعاً أي لا يسأل مدنياً [٢٣٨] .

٦ - حكم تجاوز حدود الدفاع الشرعي :

« إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقضي الضرورة لدفع الاعتداء فهو مسئول عن فعله الذي تعدى به حد الدفاع المشروع فإذا كان الصائل يندفع بالتهديد فضربه فهو مسئول عن الضرب وإن كان يندفع بالضرب باليد فجرحه فهو مسئول عن الجرح وإن كان يندفع بالجرح فقتله فهو مسئول عن القتل وإن هرب الصائل بعد أن جرحه فاتبعه المدافع وجرحه ثانية فهو مسئول عن الجرح الثاني وإن عطل مقاومته ثم قطع بعد ذلك يده أو رجله أو قتله فهو مسئول عما فعله بعد تعطيل المقاومة . . . وهكذا يسأل المصول عليه عن كل فعل لم يكن لازماً لدفع الإعتداء .

وبين الإعتداء والدفاع إرتباط وثيق لأن الدفاع يتولد عن الإعتداء فإذا بدأ الإعتداء بدأت حالة الدفاع وإذا إنتهى الإعتداء فقد إنتهت حالة الدفاع ومن ثم لا يعتبر المصول عليه مدافعاً إذا إنتهى الإعتداء . . . ولكن لا يعتبر الإعتداء منتهياً إذا هرب الصائل وأخذ معه المال المصول عليه فللمدافع أن يتبعه حتى يسترد منه ما أخذه وأن يستعمل معه القوة اللازمة في إستـرداده فإن لم يكن إلا القتل لإمكان إسترداد المأخوذ ، قتله . . . » [٢٣٩] .

٦ ـ حكم الخطأ في الدفاع الشرعي :-

« والأصل في أفعال الدفاع أنها مباحة ولا عقاب عليها ولكنها إذا تعدت الصائل وأصابت غيره خطأ فالفعل الذي وقع على الغير لا يعتبر مباحاً إذا أمكن نسبة الخطأ والإهمال إلى المدافع فمن أراد أن يضرب الصائل فأخطأ وأصاب غيره فجرحه أو قتله فهو مسئول عن جرح هذا الغير أو قتله خطأ ولو أنه تعمد الفعل إذ الفعل في ذاته مباح على الصائل ولكنه وقع على الغير خطأ وتشبه هذه الحالة ما إذا أراد إنسان أن يصيد صيداً فأخطأه وأصاب شخصاً فالصيد في ذاته عمل مباح ولكن الصائد يسأل عن إصابة الشخص خطأ » [٢٤٠] .

٧ - دفع الصائل بالآلات والشراك :-

والدفاع « بنصب الحبالات والأشراك والفخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو في الممرات بقصد قتل المعتدين أو جرحهم جائز عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد وليس على صاحب المكان مسئولية لأنه من قبيل الدفاع ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخوله مسكن غيره دون حق ولكن مالكاً يرى مسئولية الفاعل إذا قصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم أما إن قصد سد حاجة من حاجات المسكن أو المكان فلا مسئولية عليه » [٢٤١] .

٨ - هل يكون للصائل حق الدفاع ضد الدفاع :-

« يصبح الصائل في حالة دفاع إذا تعدى المصول الدفاع المشروع لأن عمل المصول عليه يصبح حينذاك إعتداء والدفاع يتولد عن الإعتداء أما إذا بقي فعل المصول عليه في حدود الدفاع فلا يعتبر الصائل إلا معتدياً وليس له أن يدعي أنه كان يدفع عن نفسه وإذا تجاوز المصول عليه حد الدفاع أعتبر عمله إعتداء وكان للصائل أن يدفع عن نفسه هذا الإعتداء بأيسر ماينـدفع به . . . » [٢٤٢] .

المبحث الثالث
الدفاع الشرعى العام
« الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر »

١ - *الدور الحضارى للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر*:-

« فى دولة الإسلام تجتمع الأمة المسلمة على عبادة الله سبحانه ، وتحكيم شريعته وطاعته وإلتزام أمره وإجتناب نهيه وتسيير شئونها كلها وفق إرادته عز وجل يغدو من أول واجبات هذه الأمة أن تحافظ على هذا الوضع الذى يرضى الله عز وجل وأن تصد كل منحرف عن طريق الله تعالى حتى لا يتسع الإنحراف ويزداد فيصير الناس إلى جاهلية جهلاء وتخرجوا عن منهج الله » (٢٤٣) « فقد يعلم المسلم حدود ما أنزل الله ومع هذا يقع فى المعصية إتباعاً لهواه .. وقد يكون جاهلا شرع الله إما لأن تبليغ العلماء لم يصله أو أنه قصر فى تعلم ما يجب عليه تعلمه . فيقع فى المعصية ومخالفة الشرع بسبب جهله .. والمعصية فى الحالتين منكر إرتكب أو معروف هجر والمنكر إذا وقع وجبت إزالته والمعروف إذا هجر وجب الأمر به . وإزالة المنكر إذا ظهر فعله والأمر بالمعروف إذ هجر هو أساس وملاك ما يعرف فى الشريعة الإسلامية بنظام الحسبة » (٢٤٤) .

« وهذا الواجب العظيم هو واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهى الوظيفة الربانية التى جعلها الله لجماعة المسلمين بين أهل الأرض جميعاً فإن قامت به على الوجه الذى يرضى ربها حازت على شهادة الخيرية على كل الأمم وتأهلت بذلك لقيادة البشرية كلها فى طريق الإيمان » (٢٤٥) .

ومن حكمة هذا الواجب أيضاً « توقى العذاب وإستنزال رحمة الله وبيان ذلك أن المعاصى سبب المصائب وما ينزل على الناس من عذاب التأديب أو الإنتقام أو الإستئصال وبهذا جرت سنة الله تعالى قال تعالى ﴿ وما أصابكم من مصيبة فبما كسبت أيديكم ويعفو عن كثير .. ﴾ وإذا كان الكفر والفسوق والعصيان سبباً للمصائب والهلاك فقد يذنب الرجل أو الطائفة ويسكت الآخرون فلا يأمرون ولا ينهون فيكون ذلك من ذنوبهم فتصيبهم المصائب وفى الحديث الشريف « إن الناس إذا رأوا المنكر فلم يغيروه أوشك الله أن يعمهم بعذاب منه » وكما أن المعصية سبب المصيبة والعذاب فإن الطاعة سبب النعمة والرخاء ورضوان الله تعالى وبذلك جرت سنة الله تعالى . قال تعالى ﴿ ولئن شكرتم لأزيدنكم ﴾ وقال تعالى ﴿ فآتاهم الله ثواب الدنيا وحسن ثواب الآخرة ﴾ وقال تعالى ﴿ والذين هاجروا فى الله من بعد ما ظلموا لنبوئنهم فى الدنيا حسنة ولأجر الآخرة أكبر لو كانوا يعملون الذين صبروا وعلى ربهم يتوكلون ﴾ (٤١ ، ٤٢) .

يقول الله تعالى فى بيان وظيفة هذه الأمة ﴿ الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ... ﴾ الحج ٤١ وقال مبيناً أن الإيمان والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هى مؤهلات الأمة التى تصلح لقيادة الناس فى الحياة ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله ﴾ آل عمران ١١٠ فهذا المنصب العظيم لا يوصل إليه بمجرد الإدعاء ولا بالموارثة ولا بمجرد الترقى فى علوم المادة وإنما الإيمان بالله عز وجل وإستمرار المعارف وتلقى المناهج والأحكام منه سبحانه ثم الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ... » (٢٤٧) .

٢ - *ماهية المعروف والمنكر*:-

فى اللغة « المعروف إسم لكل خير والمنكر إسم لكل أمر قبيح » (٢٤٨) « فالمعروف إسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس وكل ما ندب إليه الشرع .. والمنكر ضد المعروف وهو كل ما قبحه الشرع وحرمه وكرهه فهو منكر » (٢٤٩) .

وعلى ذلك فإن الميزان الصحيح والضابط فى تمييز الخير من الشر والحسن من القبيح والمعروف من المنكر لا يكون إلا بالرجوع إلى أحكام الله لتحدد لنا المعروف والمنكر وتميز بين الخير والشر والحق والباطل وليس لابن آدم عندما يقطع صلته بربه من مصادر المعرفة سوى الظن والخرص ومن دوافع السلوك سوى الهوى ولن تكون أحكامه ومناهجه وإتجاهاته سوى ثمرات لهذا الظن وهذا الهوى فالله تعالى وحده المنزه عن كل نقص والمتصف بصفات الجلال والكمال .. وهو وحده الذى يجب على البشر أن يرجعوا إليه ليعرفهم على القيم الرفيعة والأخلاق السليمة والشرائع الحكيمة لأنه وحده القادر على أن يدلهم على الخير وأن يعرفهم بالشر .

ومما سبق كان المعروف هو كل ما أمر الله به رسوله وأن المنكر كل ما نهى عنه الله ورسوله » (٢٥٠) .

٣ - *الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فى القرآن والسنة* :-

تواترت آيات القرآن الكريم وأحاديث الرسول ﷺ بالحث على الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والتحذير من تركه والتهاون فيه ومن ذلك قوله ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم ﴾ التوبة : ٧١ وقوله تعالى ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾ آل عمران ١٠٤ وقوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ المائدة ٢ وقوله تعالى ﴿ لعُن الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ماكانوا يفعلون ﴾ المائدة ٧٨ . ٧٩.

ومن ذلك حديث رسول الله ﷺ « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » « مسلم والترمذى وأبو داود وابن ماجه وأحمد » ومنها ما ورد عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال : أيها الناس إنكم تقرأون هذه الآية : ﴿ يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا إهتديتم ﴾ وإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه أوشك أن يعمهم الله بعقاب منه » « الترمذى وصححه » . . وحديث « أفضل الجهاد كلمة عدل عند سلطان جائر » « أبو داود والترمذى ، وفى رواية « كلمة حق عند سلطان جائر » «رياض الصالحين» وحديث سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قام إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله » « الترمذى والحاكم » .

٤ - *ماهية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر* :-

« الأمر بالمعروف هو الترغيب فيما ينبغى عمله أو قوله طبقاً للشريعة والنهى عن المنكر هو الترغيب فى ترك ما ينبغى تركه أو تغيير ما ينبغى تركه طبقاً للشريعة الإسلامية » (٢٥١) .

« والأمر بالمعروف قد يكون قولا محضا كالدعوة إلى التبرع للمنكوبين أو الإنخراط فى سلك المجاهدين وقد يكون الأمر بالمعروف عملاً محضاً كالتبرع بمبلغ من المال أو الإنضمام إلى المجاهدين وقد يجتمع القول والعمل كالدعوة إلى الجهاد والإنخراط فى سلك المجاهدين أو كالدعوة إلى إخراج الزكاة وإخراج الداعى لها فعلا ...

والنهى عن المنكر قد يكون قولاً محضاً كالنهى عن شرب الخمر وقد يكون عملاً محضاً كإراقة الخمر أو منع شاربها بالقوة من شربها وإذا كان النهير عن المنكر قولا فهو النهى عن المنكر وإذا كان عملا فهو تغيير المنكر » (٢٥٢) .

٥ - حكم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر :-

أجمع علماء الإسلام فى كل العصور على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر (٢٥٣) ولكن إختلفوا هل هو فرض كفاية أم فرض عين على كل مسلم . .

فذهب جمهور العلماء إلى أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فرض من فروض الكفاية على جماعة المسلمين وليس فرضاً عينياً على كل مسلم (٢٥٤) بمعنى أنه واجب حتم على كل مسلم ولكن هذا الواجب يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غيره (٢٥٥) .

وذهب بعض العلماء إلى أنه فرض عين على كل مسلم على قدر استطاعته « فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فرضان على كل أحد على قدر إستطاعته باليد فمن لم يستطع فبلسانه فمن لم يقدر فبقلبه وذلك أضعف الإيمان وليس وراء ذلك من الإيمان من شىء » (٢٥٦) . ولكل فريق أدلته كما فى كتب الفقه .

٦ - على من يجب الدفاع الشرعى العام ؟ :-

« يرى الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجب على كل أفراد الأمة لقوله تعالى ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ﴾... ويرى بعض الفقهاء أن واجب الأمر بالمعروف والنهى لا يقع إلا على عاتق القادرين على أدائه وهم علماء الأمة دون غيرهم ... » (٢٥٧) .

ومع ذلك فجميعهم يشترطون فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى عن المنكر عدة شروط هى (٢٥٨) : -

١ - أن يكون مكلفاً .. أى يكون مدركاً مختاراً لأن غير المكلف لا يلزمه أمر ولا يجب عليه تكليف .

وإعتبار الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجباً على المكلف لا يمنع غير المكلف من الأمر والنهى بإعتبارهما قربة من القربات لأن غير المكلف أهل للقربات وله أن يأتى القربات ولو أنها لا تجب عليه ولا يجوز منعه من إتيانها (٢٥٩) .

٢ - أن يكون مسلماً ... فالمسلم وحده هو الذى يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أما غير المسلم فلا يلتزم بهذه الواجبات ... فلو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لألزم بأن يقول بما يقول به المسلم وبأن يعتقد مايعتقده المسلم ولألزم بأن يبطل عقيدته الدينية ويظهر عقيدة الإسلام وهذا الإكراه فى الدين الذى تحرمه الشريعة الإسلامية فى قوله تعالى ﴿ لا إكراه فى الدين ﴾ فمن أجل حماية حرية العقيدة جعل هذا الواجب على المسلم دون غيره .

٣ - القدرة .. أى يكون قادراً على الأمر والنهى وتغيير المنكر فإن كان عاجزاً فلا وجوب عليه إلا بقلبه أى عليه أن يكره المعاصى وينكرها ويقاطع فاعليها ... وسقوط الواجب لا يترتب على العجز الحسى وحده بل يلحق به خوف الآمر والناهى من أن يصيبه مكروه أو أن يؤدى نهى الناهى إلى منكر شر من المنكر الذى نهى عنه ففى هذين الحالين يسقط الواجب أيضاً ..

فمن علم أن أمره أو نهيه لن ينفع وأنه سيضرب إذا تكلم لم يجب عليه أمر أو نهى . .

ومن علم أن نهيه إذا نهى عن منكر سيؤدى إلى إزالته أو إلى أن يزول ويخلفه ما هو أقل منه رتبة فقد وجب عليه النهى عن المنكر ..

وإذا علم أن النهى عن المنكر سيؤدى إلى منكر آخر فى درجته فهو بالخيار إن شاء منع ونهى عنه وإن شاء تركه بحسب ما يؤديه إليه إجتهاده أما إذا علم أن إزالة المنكر ستؤدى إلى ماهو أشر منه فقد سقط عنه الواجب بل حرم عليه النهى . .

ومن علم أن أمره أو نهيه لا يفيد ولكن لم يخف مكروها فلا يجب عليه الأمر والنهى لعدم فائدتها

ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعائر الإسلام وتذكير الناس بأمر الدين ..

ومن إستطاع أن يبطل المنكر بفعله ولكنه يعلم أنه يصاب بمكروه بسبب تعرضه لإبطال المنكر فلا يجب عليه إبطال المنكر ولكن يستحب له أن يبطله ...

ويلحق بالعجز الحسى العجز العلمى فالعامى لا يجب عليه الأمر والنهى إلا فى الجليات المعلومة كشرب الخمر والزنا والسرقة وترك الصلاة وفيما عدا الجليات المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهى لأنه يعجز عن فهم حقائقها ومعرفة فقهها ولو سمح له بالخوض فيها لكان ما يفسده أكثر مما يصلحه .

ولا يشترط فى إسقاط الواجب بالعجز وما يلحق به أن يكون العجز وما فى حكمه معلوما علماً محققاً بل يكفى فيه الظن الغالب ... أما إذا شك فيه من غير رجحان فإن الشك لا يسقط الوجوب ..

٤ - العدالة ... يشترط بعض الفقهاء العدالة فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر إذ لا يصح أن يكون ذلك من فاسق .

ولكن الرأى الراجح لدى الفقهاء أن للفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر . .

٥ - إذن الإمام .. يشترط بعض الفقهاء فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يأذن له الإمام أو الحاكم فى ذلك ..

ولكم جمهور الفقهاء على خلاف هذا الرأى ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذن شخصى أو هيئة ويرون أن تخصيص أناس من قبل الإمام لأداء هذه الوظيفة لا يمنع غيرهم من القيام بها لأن الآيات والأخبار التى وردت تدل على أن كل من رأى منكراً فسكت عليه فقد عصى فيجب النهى عن المنكر على كل من رآه ولا يختص ذلك بالتفويض من الإمام (٢٦٠) .

٧ - من هم المأمورون بالمعروف المنهون عن المنكر؟ :-

« الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يكون فى مواجهة كل إنسان يباشر أى فعل ممنوع وإن لم يكن معصية يحاسب عليها دينه وعلى هذا لا يشترط أى فعل ممنوع وإن لم يكن معصية يحاسب عليها ديانه وعلى هذا لا يشترط فيه أن يكون بالغاً عاقلاً فالمجنون إذا زنا وجب الإحتساب معه وكذلك الصبى المميز إذا شرب الخمر أو هم بشربه أنكر عليه وحيل بينه وبين شربها وإن كان فعل هذا الصبى لا يعتبر معصية يحاسب عليها ديانه . . وعلى ذلك .

١ - تجرى الحسبة على الأقارب والأباعد على حد سواء لأن الحسبة أمر بمعروف ونهى عن المنكر والكل أمام هذا الفرض سواء ولكن الفقهاء قالوا : احتساب الابن على والديه يكون ببيان الحكم الشرعى والموعظة الحسنة والتخويف من الله ولا يتعدى إلى الوسائل الأخرى كالكلام الغليظ والضرب رعاية لحق الأبوة والأمومة دون تفريط بواجب الإحتساب .

٢ - ويجرى الإحتساب على غير المسلم المقيم فى دار الإسلام ذمياً كان أو مستأمناً لأننا وإن أمرنا بتركهم وما يدينون ، إلا أن هذا الترك لهم لا يعنى تركهم يخرقون نظام الإسلام ويتعاطون ما يناقضه علانية ..

٣ - ويجرى الاحتساب على السلطان - الحاكم - ونوابه وسائر ذوى الإمرة والولاية كما يجرى على آحاد الناس ...

٤ - وتجرى الحسبة على القضاة فقد قال الفقهاء « وينبغى على المحتسب أن يتردد على مجالس القضاة والحكام ويمنعهم من الجلوس فى الجامع والمسجد للحكم بين الناس وأنه متى رأى المحتسب القاضى قد إستشاط على رجل غضباً أو شتمه أو

إحتد عليه فى كلامه ردعه عن ذلك ووعظه وخوفه بالله عز وجل فإن القاضى لا يجوز أن يحكم وهو غضبان ولا يقول هجراً ولا يكون فظاً غليظاً » .

٥ - ويجرى الإحتساب على جميع أصحاب المهن والحرف والصنائع المختلفة لأن للإسلام حكمة فيهم وفيما يباشرونه ... » (٢٦١) .

٨ - *شروط الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر*:-

« ليس بالأمر بالمعروف شروط خاصة ولا أوقاتاً خاصة لأن الأمر بالمعروف نصيحة وهداية وتعليم وكل ذلك جائز فى كل وقت وفى كل مناسبة ..

أما النهى عن المنكر وتغييره فله شروطه الخاصة التى يجب أن تتوافر لجواز النهى أو التغيير وهى :

١ - وجود منكر ... يشترط لجواز النهى عن المنكر أو تغييره أن يكون هناك منكر والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة أو هو كل محذور الوقوع فيه شرعاً .. ويستوى أن يكون فاعل المنكر مكلفاً أو غير مكلف - كما سبق بيانه - ولكن يشترط فى المنكر أن يكون معلوماً دون حاجة لإجتهاد فكل ماهو محل للاجتهاد لا محل للنهى عنه أو تغييره ..

٢ - أن يكون المنكر موجوداً فى الحال : بمعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشراً لها وقت النهى أو التغيير ... فإذا فرغ من المعصية فليس ثمة مكان للنهى عن المنكر أو تغييره ..

وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول كمن يعد الموائد ويزين المجلس إستعداداً لشرب الخمر فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ والنصح وما زاد على ذلك كالتعنيف والشتم والضرب فهو جريمة .

٣ - أن يكون المنكر ظاهراً دون تجسس أو تفتيش : فإذا توقف إظهار المنكر على التجسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر ...

وتحريم التجسس والتفتيش يترتب على أنه لا ينبغى لإنسان مثلا أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الغناء والأوتار ولا أن يستنشق ليدرك رائحة الخمر والحشيش ... الخ .

ولكن إن غلب على الظن إستسرار شخص بالمعاصى لأمارات دلت على ذلك أو لخبر يغلب على الظن صدقه .. فيجوز فى مثل هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش حذراً من فوات ما لا يستدرك منه إنتهاك المحارم وإرتكاب المحظورات .

والأصل أن من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لتعرف المعصية والبحث عنها ولكن إذا نمى إلى علمه عن طريق شخصين - أو شخص واحد فى رأى وجود معصية فى البيت أو إذا ظهرت المعصية ظهوراً يعرفه من الخارج كظهور رائحة الخمر وأصوات السكارى جاز له دخول المسكن دون إذن (٢٦٢) .

٤ - دفع المنكر بأيسر ما يندفع به يشترط فى دفع المنكر أن يدفع بما يدفعه وبأيسر ما يدفعه فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يدفعه مادام المدافع قادراً على دفعه بالأكثر ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه لأن ما زاد على الحاجة يعتبر جريمة .. ولكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يدفعه فى حالة عدم القدرة فإذا كان المنكر يدفع باليد ولم يكن الدافع قادراً على هذه الوسيلة دفعه بلسانه فإن لم يستطع دفعه بقلبه ... » (٢٦٣) .

٩ - *وسائل دفع المنكر*:-

« فصل الإمام الغزالى (٢٦٤) وسائل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وجعلها ثمانى درجات يحسن تلخيصها على النحو التالى :

١ - *درجة التعرف*:-

وهو طلب المعرفة بجريان المنكر وقد علمت أن مصدر التعرف لا يجوز أن يكون التجسس وإنما الجائز وصول

الخبر إليه من غير تجسس : إما بأخبار عدول أو بالرواية أو بالسماع .

٢ - درجة التعريف :-

ذلك أن كثيراً من الذين يقدمون على فعل المنكر يفعلون ذلك عن جهل فينبغي أن يبدأ بهذه الدرجة فقد تكفي في إزالة المنكر ولا يحتاج إلى غيرها .

٣ - درجة الوعظ والنصح والتخويف بالله تعالى وصفاته وآياته وهذه لا تكون إلا مع من تعرف على المنكر فأصر عليه بعد أن عرف كونه منكراً.

٤ - درجة التعنيف بالقول الغليظ الخشن : وتكون بعد العجز عن درء المنكر بسابقتها وبعد ظهور الإصرار على المنكر والإستهزاء بالوعظ والتعريف .

٥ - درجة التغيير باليد : - ككسر محل المعصية أو إراقته أو خلعه أو إرغام العاصي على ترك معصيته بالدفع أو الإخراج أو نحو ذلك .

٦ - درجة التهديد والتخويف بما يجوز التهديد به كقوله لأكسرن رأسك أو لأضربن رقبتك أو لأمرن بك وما أشبه ذلك .

٧ - مباشرة الضرب باليد والرجل وغير ذلك مما ليس فيه شهر سلاح وهي جائزة للأفراد بشرط الضرورة والإقتصار على قدر الحاجة في الدفع فإذا إندفع المنكر فلا يجوز الإستمرار فيه .

٨ - أن يعجز الشخص عن تغيير المنكر بمفرده وإنما يحتاج للتغيير إلى الأعوان يشهرون السلاح .. وقد وقع الخلاف في جواز هذه الدرجة للأفراد من غير إذن الإمام بين مبيح لذلك وبين من يحظر ذلك على الأفراد . . . » [٢٦٥] .

يجوز إستعمال هذه الوسائل في حق الكافة عدا الوالدين والزوج والحاكم . . « فليس للولد على الوالدين إلا التعريف والنهي بالوعظ والنصح وليس له أن يعنفهما أو يضربهما ولكن له على رأى أن يغير ما يأتيان من المنكر بحيث لا يمس شخصيهما كأن يريق خمرهما أو يرد ما يجد في بيتهما من مال مغصوب أو مسروق لأصحابه .

وأما الزوجة فحكمها مع الزوج حكم الولد مع أبويه .

وأما الرعية مع الحاكم أو السلطان أو الإمام فليس للرعية إلا التعريف والنهي بالموعظة والنصح »[٢٦٦] .

« وإذا عجز المسلم عن الإنكار بإحدى الدرجات السابقة كان عليه أن ينكر المنكر بقلبه .. وأن يصاحب ذلك مقاطعة أهل المنكر وإجتناب مجالسهم التي يقترفون فيها الإثم [٢٦٧] .

١٠ - تجاوز حدود الدفاع الشرعي العام:-

الأصل أن ما يدفع به المنكر مباح ولا يعتبر جريمة مادام لم يتعد الحدود المقررة لدفع المنكر .

« ولكن إذا استعمل المدافع في النهي عن المنكر أو تغييره وسيلة تزيد عما يقتضيه الحال فهو مسئول عن هذه الزيادة وكذلك إذا تعدى الحدود المقررة لوسيلة من الوسائل فإن عنَّف فاعل منكر فقذفه فهو مسئول عن القذف لأنه لا يدخل في التعنيف وإذا كان المنكر يندفع بالتعنيف أو التهديد فضرب فاعل المنكر أو جرحه فهو مسئول عن الضرب والجرح وهكذا مع كل تجاوز » [٢٦٨] .

١١ - حكم الغلط في الدفاع الشرعي العام :

« وإذا تعدت أفعال دفع المنكر إلى غير الفاعل وأصابته خطأ إعتبر الفعل بالنسبة للغير خطأ ولو أنه صدر من فاعله متعمداً إياه لأن الفعل مباح ضد فاعل المنكر محرم ضد غيره بالتعمد لا غيره به .. لأنه تعمد فعل مباح والقاعدة أن من تعمد فعلاً مباحاً في فعل يسأل عن نتيجة الخطأ بإعتباره مخطئاً لا عامداً . . . » [٢٦٩] .

١٢ - هل يحق لفاعل المنكر الدفاع عن نفسه ؟:-

« ليس لفاعل المنكر أن يتعدى على من يدفع المنكر بحجة أنه يدفع عن نفسه أو ماله طالما أن دافع المنكر لم يتجاوز حدود دفع المنكر فإذا تعدى هذه الحدود كان عمله إعتداء وكان لفاعل المنكر أن يدفع هذا الإعتداء » (٢٧٠) .

نتائج الدراسة :

نستطيع بعد إستعراضنا لمفهومي الجريمة وأسباب الإباحة ثم للدفاع الشرعي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية أن نخلص بعد المقارنة إلى عدة نتائج نلخصها كالتالي : -

١ - الجريمة :

بخصوص تعريف الجريمة تتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية من حيث أنها محظورات زجر الشارع عنها بعقوبة .. ولكن يلاحظ أن دائرة التجريم في الإسلام أوسع منها في القانون الوضعي لأن الإسلام ينظم كل علاقات الإنسان بربه وبنفسه وبمجتمعه بشكل يسمو نحو الكمال والرفعة .. أما القانون الوضعي فهو ينشر غاية نفعية أو علمية هي بقاء المجتمع فهو أحياناً يقر الواقع الذي إرتضاه المجتمع ويتغاضى عن المثل العليا التي يحرص عليها الإسلام .

٢ - مبدأ مشروعية الجريمة والعقاب :

تتفق الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي في مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص » وإن كانت القوانين الوضعية لم تعرف هذا المبدأ الذي سبقت إليه الشريعة منذ ثلاثة عشر قرناً إلا في أواخر القرن الثامن عشر الميلادي مع الثورة الفرنسية . . .

٣ - أسباب الإباحة :

كما تتفق الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي في إيرادهما لأسباب الإباحة من حيث التكييف القانوني لهذه الأسباب بأنها إستعمال لحق أو أداء لواجب . . ولكن الشريعة عرفت هذه الأسباب من عصر النبوة بينما لم تعرفها القوانين الوضعية سوى في القرن التاسع عشر .

٤ - الدفاع الشرعي الخاص .. دفع الصائل .

أقرت الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي الخاص تحت مسمى « دفع الصائل » على أنه واجب يجب القيام به في بعض الحالات وعلى أنه حق يجوز القيام به في حالات أخرى - على نحو مافصلنا في البحث .

وهو ماذهب إليه القانون الوضعي حيث يرى أن الدفاع الشرعي إستعمال لحق أباحه القانون وهناك من يراه أداء لواجب فرضه القانون ..

٥ - الدفاع ضد غير المسئولين جنائياً .. وضد الحيوان .

يرى القانون الوضعي جواز إستعمال الدفاع الشرعي ضد الطفل والمجنون وهو ما ذهب إليه أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية .

أما الدفاع ضد عدوان الحيوان فذهب بعض شراح القوانين الوضعية إلى تكييفه كحالة دفاع شرعي موافقين في ذلك ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة .. ومنهم من كيفها كحالة من حالات الضرورة وهو ما قال به فقهاء الحنفية .

٦ - شروط وحكم الدفاع الشرعي :

وشروط الدفاع الشرعي في الشريعة هي نفس الشروط التي قالت بها القوانين الوضعية خاصة في القانون المصري .. وحكم الدفاع الشرعي واحد في الشريعة والقانون حيث يجعل الفعل مباحاً ولا يرتب على المدافع مسئولية جنائية أو مدنية .

٧ - الدفاع بالوسائل الآلية :

جوز شراح القانون الوضعي الدفاع الشرعي بالوسائل الآلية والحبالات والأشراك والفخاخ بشرط أن يكون الأذى المتولد عنها متناسباً مع فعل الإعتداء وإلا كان من يستخدمها متجاوزاً حدود الدفاع الشرعي . . .

وفي الشريعة الإسلامية أجاز ذلك الأحناف والشافعية والحنابلة بدون شرط . . أما الإمام مالك فيرى مسئولية الفاعل إن كان يقصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم . . وعدم مسئوليته إن كان ما قام به بقصد سد حاجات المسكن أو الآلات .

٨ - الدفاع بالهرب :

إختلف فقهاء الشريعة فى إعتبار الهرب من وسائل الدفاع الشرعى ففريق من الفقهاء اعتبره كذلك وأوجب على المدافع الهرب ما أمكن ذلك لدفع الصائل .. وفريق آخر رأى أن الهرب لا يصلح كوسيلة من وسائل الدفاع ولا يلزم المدافع بالهرب .. وفريق ثالث ألزموا المدافع بالهرب إذا لم يكن مشيناً أما لو كان مشيناً فجعلوه غير لازم .

وفى القانون الوضعى إختلف الشراح على نفس الوتيرة ولم يخرجوا عن الآراء السابقة التى قال بها فقهاء الشريعة ..

٩ - تجاوز الدفاع الشرعى :-

فى الشريعة الإسلامية المدافع مسئول عن كل تجاوز لحدود الدفاع الشرعى أى عن كل فعل لم يكن لازماً لدفع الإعتداء ..

وفى القانون الوضعى يفرق فى حالة التجاوز بين ما لو كان عمدياً أو غير عمدى فلو كان التجاوز عمدياً وبسوء نية يسأل المدافع مسئولية عمدية كاملة .. أما لو كان التجاوز غير عمدى ومصحوباً بحسن نية يسأل المدافع مسئولية غير عمدية ..

أما لو كان التجاوز ناتجاً عن الإضطراب وعصبية الموقف فلا يسأل المدافع هنا .. ونحن نرى عدم وجود تجاوز هنا .

١٠ - الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر :-

سبقت الشريعة الإسلامية بقرون طويلة فى تشريعها لفريضة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر كدفاع شرعى عام وهو أمر لم تعرفه القوانين الوضعية إلا مع القرن التاسع عشر حيث بدأت تقر للأفراد حق النقد والتوجيه والدفاع عن الأشخاص المعنوية والأموال العامة .. وحتى اليوم لازالت القوانين الوضعية قاصرة فى أخذها لهذا المبدأ حيث تقصره على حالات معينة .

المراجع

١- د. أحمد عبد العزيز الألفى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - مكتبة النصر - الزقازيق سنة ١٩٩٠ ص ٣٩ .

٢- د. عمر السعيد رمضان - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة سنة ١٩٩١ - ص ٤٢ .

٣- د. محمود محمد مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم العام ، دار النهضة العربية - القاهرة سنة ١٩٦٩ - ص ٣٣ .

٤- د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة سنة ١٩٨٩ - ص ٤٠ .

٦- د. أحمد عبد العزيز الألفى - مرجع سابق - ص ٤٠ .

٧- د. حسنين عبيد - الوجيز فى علم الإجرام وعلم العقاب - دار النهضة العربية - القاهرة سنة ١٩٩١ ص ١٣ .

٨- نفس المرجع ، ص ١٤ .

٩- نفس المرجع ، ص ١٥ .

١٠- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

١١- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ٤١ .

١٢- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

١٣- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

١٤- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

١٥- د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٣٩ .

١٦- د. رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، منشأة المعارف ، الأسكندرية سنة ١٩٧١ ص ٣٩٣ .

١٧- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

١٨- د. محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٣٩ .

١٩- د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٣٩٢ ، نجيب حسنى مرجع سابق ، ص ٤٨ .

٢٠- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

٢١- نفس المرجع ، ص ٤٣ .

٢٢- د. وهبة الزحيلى ، نظرية الضرورة الشرعية ، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٥ ، ص ٢٩ ، ٣٠ .

٢٣- د. هشام محمد فريد رستم ، قانون العقوبات ، القسم العام ج ٢ بدون ناشر ، ١٩٩٣ ص ٣ .

٢٤- د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ .

٢٥- نفس المرجع ، ص ٣٣٧ .

٢٦- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ٤ .

٢٧- د. يسر أنور ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، دار النهضة العربية ، القاهرة سنة ١٩٨٢ ، ص ٥٧.

٢٨- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ١٥١ ، د. السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، دار المعارف ، القاهرة سنة ١٩٦٢ ، ص ١٦٦ ، د. رمسيس بهنام ص ٣٤٠ .

٢٩- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ٤ - ٧ .

٣٠- د. مأمون سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام دار الفكر العربى ، القاهرة سنة ١٩٧٩ ، ص ١٦٩.

٣١- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ٧ - ٨ .

٣٢- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ١٦١ .

٣٣- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٧٠ .

٣٤- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ١٦٣ .

٣٥- د. يسر أنور ، الدفاع الشرعى ، دراسة لمبدأ المشروعية ، مقال بالمجلة الجنائية العدد الثانى يوليو ١٩٧٠ ، ص ٢٢٥ .

٣٦- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ١٥١ ، ١٥٢ ، د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٣٤١ .

٣٧- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ١٥٦ .

٣٨- المرجع نفسه ص ١٥٦ .

٣٩- د. جلال ثروت ، النظرية العامة لقانون العقوبات منشأة المعارف ، الأسكندرية بدون تاريخ ، ص ٢٤٣ .

٤٠- د. على راشد ، القانون الجنائى .. المدخل وأصول النظرية مكتبة وهبة ، القاهرة سنة ١٩٧٠ ص ٥٣٩ .

٤١- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ .

٤٢- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .

٤٣- د. نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ١٥٦، أحمد عبد العزيز الألفى المرجع السابق ص ١٦٦ .

٤٤- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .

٤٥- المرجع نفسه ، ص ١٦٣ .

٤٦- د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٧١ .

٤٧- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ١٥٣ .

٤٨- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ١٥٤ ، د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات - القسم العام سنة ١٩٨٧ ، ص ١٣٣ ، وأحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ص ١٦٤

٤٩- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ١٦ هامش

٥٠- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ - ١٥٧ د. أحمد عبد العزيز الألفى ص ١٦٤ .

٥١- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ص ١٦٨ ، د. محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ١٥٤هـ .

٥٢- د. رؤوف عبيد ، مبادىء القسم العام ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، سنة ١٩٧٨ ، ص ٤٩٨ ، د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٤٥٧ د. هشام رستم ، المرجع السابق ص ١٨ .

٥٣- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ ، د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ص ١٦٩ د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٧٦ ، د. جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص ٢٤٣ د. محمود إبراهيم إسماعيل ، شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، القاهرة سنة ١٩٥٩ ، ص ٤٣٩ .

د. عبد الفتاح خضير ، النظام الجنائى جـ٢ ، السعودية معهد الإدارة العامة سنة ١٩٨٢ ، ص ١٨٨ .

٥٤- د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٤٦٠ .

٥٥- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .

٥٦- د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ ، د. رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص ٤٩٩ .

٥٧- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ٢٧-٢٨ .

٥٨- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .

٥٩- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ١٧٣

٦٠- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٧٤ .

٦١- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ .

٦٢- د. محمود مصطفى المرجع السابق ، ص ١٥٥ ، د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ص ١٧٣ - ١٧٤ ، د. محمود نجيب حسنى المرجع السابق ، ص ١٥٥ ، د. أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، القسم العام سنة ١٩٨٦ ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ ، د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ص ١٨٨ .

٦٣- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ص ١٧٣ - ١٧٤ .

٦٤- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ١٦٢ .

٦٥- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ٣٥ - ٣٦ .

٦٦- د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ١٨٣ .

٦٧- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ -١٠٤ راجع هامش ص ١٠٣ .

٦٨- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٨٣ ، د. هشام رستم ، ص ١٠٤ .

٦٩- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٩٢ .

٧٠- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ص ٢٠٤ .

٧١- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٨٣ .

٧٢- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٤٩٢ .

٧٣- د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٣٠٠ ، د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٢١٧ راجع هامش نفس الصفحة ، د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٤ - ٢ .

٧٤- أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٠٤ بالهامش .

٧٥- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٨٣ .

٧٦- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٠٤ - ٢٠٥ ، د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٨٤ .

٧٧- د. على راشد ، المرجع السابق ، ص ٥٢١ ، د. أحمد عبد العزيز الألفى ص ٢٠٦ .

٧٨- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٠٨ .

٧٩- المرجع السابق ، ص ٢٠٨ ، د. محمود نجيب حسنى ص ١٨٥ الهامش .

٨٠- د. محمو د نجيب حسنى ، ص ١٨٥ الهامش .

٨١- نفس المرجع ص ١٨٤ - ١٨٦ .

٨٢- نفس المرجع ص ٢١٩ ، د. أحمد عبد العزيز الألفى ص ٢٤٠ - ٢٤١.

٨٣- نفس المرجع ص ٢٢٠ .

٨٤- د. عمر السعيد رمضان ص ٥١٨ - ٥١٩ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٤٠ ، د. مأمون سلامة مرجع سابق ، ص ٢٢٩ ، د. السعيد مصطفى السعيد ، مرجع سابق ص ٢٣٢ .

٨٥- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٢٠ - ٢٢١ ، د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥١٩ - ٥٢٠ د. مأمون سلامة ، ص ٢٣٠ .

٨٦- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٢٢٠ - ٢٢١ ، د.أحمد عبد العزيز الألفي ص ٢٣٨-٢٤٠ د. السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٣٤ ، د. محمود مصطفى ص ٢٥٤ .

٨٧- د. عمر السعيد رمضان ص ٢٢٢ ، د. أحمد عبد العزيز الألفي - ص ٢٤١ .

٨٨- د. أحمد عبد العزيز الألفي - ص ٢٤١ .

٨٩- نفس المرجع ص ٢٤٢ ، د. محمود نجيب حسني ص ٢٢٧

٩٠- د. محمود نجيب حسني ، ص ٢٢٧ ، د. عمر السعيد رمضان ص ٥٢٣

٩١- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥٢٣ .

٩٢- د. محمود نجيب حسني ، ص ٢٢٧ .

٩٣- نفسه ص ٢٢٧ ، د. فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ص ٢٣٨ .

٩٤- نفسه ص ٢٢٨ .

٩٥- نفسه ص ٢٢٨ .

٩٦- نفسه ص ٢٢٩ ، د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥٢٣ - ٥٢٤ ، د. أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ص ٢٧٥ ، د. مأمون سلامة ص ٢٣٤ .

٩٧- د. هشام رستم ، ص ١٩١ - ١٩٢ .

٩٨- د. محمود نجيب حسني ، ص ٢٣١ ، د. السعيد مصطفى السعيد ، ص ٣٧ .

٩٩- نفسه ص ٢٣٠ ، د. عبد السعيد رمضان ، ص ٥٢٤ .

١٠٠- نفسه ص ٢٢٩ - ٢٣٠ .

١٠١- نفسه ص ١٨٦ .

١٠٢- نفسه ص ١٨٦ .

١٠٣- د. عمر السعيد رمضان ص ٢٩٥ - ٢٩٦ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٢٣هـ ، د. محمود نجيب حسني ص ١٨٧ ، د. أحمد فتحي سرور ، ص ٢٣٩ ، د. رمسيس بهنام ، ص ٣٨٧ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ٢١٧ .

١٠٤- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٤٩٦ الهامش .

١٠٥- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٨٧ .

١٠٦- د. عمر السعيد رمضان ، ص ١٩٦ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٢٤ ، وأحمد فتحي سرور ، ص ٢٣٩ .

١٠٧- د. محمود نجيب حسني ، ص١٨٨ .

١٠٨- د. هشام رستم ، ص ١١١ - ١١٢ .

١٠٩- نفسه ص ١١١ - ١١٢ الهامش .

١١٠- د. محمود نجيب حسني ص ١٨٩ ، د. محمود مصطفى ص ٢٢٥، د. السعيد مصطفى السعيد ، ص ٢١٣ ، د. علي راشد ، ص ٥٢٣ ، د. رؤوف عبيد مرجع سابق ، ص ٥٣٧ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ١٩٥ .

١١١- د. هشام رستم ، ص ١١٦ .

١١٢- نفسه ص ١١٦ الهامش .

١١٣- نفسه ص ١١٩ - ١٢٠ .

١١٤- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٩١ ، السعيد مصطفى السعيد ، ص ٢١٣ ، د. رمسيس بهنام ، ص ٣٨٠ ، د. أحمد فتحي سرور ، ص ٢٤٠ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ١٩٧ .

١١٥- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٩١ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٢٤ .

١١٦- نفسه ص ١٩٢ .

١١٧- د. هشام رستم ص ١٢١ ، د. محمود نجيب حسني ، ص ١٩٢ ، د. السعيد مصطفى السعيد ، ص ٢١٣ ، د. مأمون سلامة ، ص ٢٢٦، د. فوزية عبد الستار ، ص ١٩٩ .

١١٨- د. السعيد مصطفى السعيد ، ص ٢١٥ ، د. محمود نجيب حسني ، ص ١٩٢ - ١٩٣ .

١١٩- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٩٣ .

١٢٠- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢١٦ ، د. السعيد مصطفى ، ص ٢١٨ ، د. رمسيس بهنام ، ص ٣٠٤ .

١٢١- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٩٤ - ١٩٥ ، د. محمود مصطفى ، ص ٢٤٢ ، د. أحمد فتحي سرور ، ص ٢٤٩ ، د. مأمون سلامة ، ص ٢٢٦ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ٢١٩ ، د. أحمد عبد العزيز الألفي ص ٢١٧ .

١٢٢- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢١٧ ، د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥٠٠ بالهامش .

١٢٣- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٩٥ .

١٢٤- د. هشام رستم ، ص ١٢٧ - ١٢٨ .

١٢٥- د. محمود إبراهيم إسماعيل ، مرجع سابق ، ص ٤٦٩ ، د. محمد مصطفى القللي ، في الشئون الجنائية ، القاهرة ١٩٤٨ ، ص ٣١٧ .

١٢٦- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٩٦ ، د. السعيد مصطفى ، ص ٢٠٩ ، د. محمود مصطفى ص ٢٣٢ ، د. علي راشد ، ص ٥٢٧ د. رمسيس بهنام ص ٣٨٩ .

١٢٧- نفسه ص ١٩٧ - ١٩٨ .

١٢٨- نفسه ص ١٩٩ .

١٢٩- د. هشام رستم ، ص ١٣٥ .

١٣٠- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢١٩ - ٢٢٠

١٣١- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥٠٤ - ٥٠٥ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٣٥ .

١٣٢- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٩٩ - ٢٠١ .

١٣٣- نفسه ص ٢٠١ - ٢٠٣ .

١٣٤- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥٠٣ - ٥٠٤ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٣٥ ، د. محمود نجيب حسني ، ص ٢٠٤ ، د. محمد مصطفى القللي ، ص ٢٤٦ ، د. فوزية عبد الستار ص ٢٠٧ .

١٣٥- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥٠٥ - ٥٠٦ .

١٣٦- د. هشام رستم ، ص ١٤٨ .

١٣٧- نفسه ، ص ١٥١ - ١٥٢ .

١٣٨- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥٠٦ .

١٣٩- نفسه ، ص ٢٠٤ ، د. محمود مصطفى ، ص ٢٤٠ ، د. أحمد فتحي سرور ، ص ٢٥٨ ، د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥٠٧ ، د. هشام رستم ص ١٥٤ ، د. أحمد عبد العزيز ، ص ٢٢٢ .

١٤٠- د. هشام رستم ، ص ١٥٦ - ١٥٨ .

١٤١- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٠٥ ، د. أحمد فتحى سرور ، ص ٢٥٨ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ٢٢٢ ، د. عمر السعيد رمضان ص ٥٠٧ .

١٤٢- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥٠٨ .

١٤٣- د. هشام رستم ، ص ١٥٨ - ١٥٩ .

١٤٤- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٢٣

١٤٥- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥٠٨ ، د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٠٦ .

١٤٦- د. هشام رستم ، ص ١٦٢ .

١٤٧- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٠٦ - ٢٠٧ انظر هامش ص ٢٠٧ .

١٤٨- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥٠٩ .

١٤٩- د. محمود نجيب حسني ، ص ٢٠٧ .

١٥٠- د. هشام رستم ، ص ١٦٤ - ١٦٥ .

١٥١- نفسه ص ١٦٥ .

١٥٢- د. أحمد عبد العزيز الألفى ص ٢٢٧ .

١٥٣- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥١٠ .

١٥٤- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٠٨ - ٢٠٩ .

١٥٥- د. السعيد مصطفى السعيد ، ص ٢٢٠ ، د. محمود مصطفى القللى ص ٣٣٨ ، د. على راشد ، ص ٥٤٠ ، د. محمود نجيب حسنى ص ٢٠٩ .

١٥٦- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٢٨ .

١٥٧- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٠٩ - ٢١٠ ، د. محمود مصطفى ، ص ٢٤٥ ، أحمد فتحى سرور ص ٢٦٢ .

١٥٨- د. هشام رستم ، ص ١٦٩ - ١٧٠ .... راجع أحكام النقض الصادرة يـــوم ١٩٦٧/٥/٨ ، ١٩٧٧/١٢/١٨ ، ١٩٥٧/١/٢٨ ، ١٩٥٧/٦/١١ ، ١٩٦٣/٦/٢٤ ، ١٩٧٧/١/٣١ فى هذا الخصوص

١٥٩- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٢٩ .

١٦٠- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢١١ .

١٦١- د. هشام رستم ، ص ١٧٢ - ١٧٣ .

١٦٢- د. على راشد ، ص ٥٧٦ .

١٦٣- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥١٢ .

١٦٤- د. هشام رستم ، ص ١٧٣ .

١٦٥- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢١١ ، د. السعيد مصطفى السعيد ، ص ٢٢٤ ، محمود مصطفى ص ٢٢٨ ، د. محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الإجراءات ، القاهرة ١٩٨٨ ، ص ٥٠٣.

١٦٦- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٣٠ .

١٦٧- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢١٢ .

١٦٨- نفسه ص ١٢١ - ٢١٣ ، د. فوزية عبد الستار ص ١٩٧ .

١٦٩- نفسه ص ٢١٣ .

١٧٠- د. هشام رستم ، ص ١٧٨ .

١٧١- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٣١ - ٢٣٢

١٧٢- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢١٣ - ٢١٤ ، فوزية عبد الستار ، ص ١٩٩ .

١٧٣- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٣٢ .

١٧٤- د. عوض محمد ، قانون العقوبات ، القسم العام ، مؤسسة الثقافة الجامعية الأسكندرية ، ١٩٨٣ ، ص ١٧٢ .

١٧٥- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢١٤ .

١٧٦- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٣٣ .

١٧٧- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥١٤ .

١٧٨- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢١٤ - ٢١٥ .

١٧٩- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٣٣ .

١٨٠- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢١٥ - ٢١٦ ، د. محمود نعيم فرحات ، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعى ، القاهرة ١٩٨١ ، ص ٥٤٠ .

١٨١- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٣٤ - ٢٣٥

١٨٢- د. هشام رستم ص ١٨٢ ، د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢١٦ .

١٨٣- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢١٧ .

١٨٤- نفسه ص ٢١٧ - ٢١٨ ، د. السعيد مصطفى السعيد ص ٢٣٠ ، د. محمود مصطفى ، ص ٢٥٠ .

١٨٥- د. محمود مصطفى القللى ، ص ٣٤١ .

١٨٦- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢١٨ .

١٨٧- د. على راشد ، ص ٥٤٤ ، د. مأمون سلامة ، ص ٢٠٦ .

١٨٨- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢١٨ .

١٨٩- د. عمر السعد رمضان ، ص ٥١٧ .

١٩٠- د. هشام رستم ، ص ١٨٧ .

١٩١- نفسه ، ص ١٨٧ ، د. السعيد مصطفى السعيد ص ٢٣١ .

١٩٢- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٢٩ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٥٢ .

١٩٣- د. وهبة الزحيلى ، نظرية الضرورة الشرعية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ط ٤ ١٩٨٥ ، ص ١٣ -١٤ .

١٩٤- الإمام الشاطبى ، الموافقات ، ج٢ ص ٣٧ .

١٩٥- د. وهبة الزحيلى ، المرجع السابق ، ص ١٨ .

١٩٦- عبد القادر عودة - التشريع الجنائى الإسلامى مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط٨ سنة ١٩٨٦ ج١ ، ص ١٦٥ .

١٩٧- د. وهبه الزحيلى ، الوسيط فى أصول الفقه ، مؤسسة الرسالة بيروت ، ط١ ، ص ٧٦ .

١٩٨- الإمام الماوردى ، الاحكام السلطانية ، طبعة السعادة ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ص ١٩٢ .

١٩٩- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص ٧٧ - ٦٨ .

٢٠٠- نفس المرجع - هامش ص ١٢٨ .

٢٠١- د. وهبه الزحيلى ، نظرية الضرورة ، مرجع سابق ص ٣٧ .

٢٠٢- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .

٢٠٣- نفس المرجع ، ص ٤٦٧ .

٢٠٤- نفس المرجع ، ص ٤٦٩ .

٢٠٥- د. وهبه الزحيلى ، المرجع السابق ، ص ٧٣ - ٧٤ .

٢٠٦- نفس المرجع المرجع ، ص ٦٧ - ٦٨ .

٢٠٧- أبو بكر بن عبد الله « ابن العربي » أحكام القرآن ، طبعة السعادة ، الطبعة الأولى ج١ ص ٥٥

٢٠٨- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص ٤٧٢ .

٢٠٩- د. وهبه الزحيلي ، المرجع السابق ، ص ١٥٣ .

٢١٠- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص ٤٧٣ .

٢١١- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، المطبعة الأميرية ، مصر ج٥ ، ص ٤٨١ ، شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ١٣١٩هـ « ١٤٢/٤ » ابن الخطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، مطبعة السعادة ، الطبعة ١ «٣٢٣/٦» .

٢١٢- محمد عبد الله بن قدامة ، المغنى على مختصر الخرقى ، طبعة المنار ، الطبعة الأولى « ٣٥٠/١٠ » .

٢١٣- د. وهبه الزحيلي ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ .

٢١٤- شرف الدين موسى الحجاوي ، الإقناع ، المطبعة المصرية ، الطبعة الأولى « ٢٩٠/٤ » .

٢١٥- ابن العباسي أحمد الرملي ، حاشية الرملي ، المطبعة الميمنية ، الطبعة الأولى « ١٦٨/٤ » مطبوع على هامش كتاب أسنى المطالب للأنصاري

٢١٦- د. وهبه الزحيلي ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ - ١٥٠ ، عبد القادر عودة ، ص ٤٧٤ .

٢١٧- المغنى لابن قدامة ، المرجع السابق «٣٣١/٨» .

٢١٨- عبد القادر عودة ، المرجع السابق « ٤٧٥/١ » د. الزحيلي ص ١٥٢

٢١٩- د. وهبه الزحيلي ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ ، حاشية ابن عابدين « ٣٨٨/٥ » أسنى المطالب «١٦٨/٤» .

٢٢٠- المغنى لابن قدامة « ٢٥٥/١٠ » أبو إسحاق الشيرازي ، المهذب ، مطبعة الحلبي ، الطبعة الأولى « ٢٤٢/٢ » .

٢٢١- حاشية ابن عابدين « ٤٨٦/٥ » .

٢٢٢- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، «٤٧٩/١» .

٢٢٣- أسنى المطالب للأنصاري - المرجع السابق «١٦٧/٤» .

٢٢٤- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، « ٤٧٩/١ - ٤٨٠ » .

٢٢٥- نفس المرجع « ٤٨١/١ » .

٢٢٦- نفس المرجع المرجع « ٤٨٢/١ » .

٢٢٧- نفس المرجع « ٤٨٢/١ » .

٢٢٨- أسنى المطالب للأنصاري «١٦٧ » حاشية ابن عابدين « ٤٨٢/٥ »

٢٢٩- الامام الشافعي ، الأم ، مطبعة بولاق ، الطبعة الأولى « ٢٧/٦ » ، أسنى المطالب «١٦٧/٢» .

٢٣٠- المغنى لابن قدامة « ٣٥٣/١٠ » .

٢٣١- تحفة المحتاج لابن حجر « ١٢٦/٤ » .

٢٣٢- د. وهبه الزحيلي ، المرجع السابق ،ص ١٤٣ .

٢٣٣- شرح الزرقاني على مختصر خليل ، طبعة محمد أفندى مصطفى «١١٨/٨» وعلى هامشه حاشية النباتي .

٢٣٤- أسنى المطالب « ١٦٧/٤ » .

٢٣٥- عبد القادر عودة « ٤٨٨/١ - ٤٨٩ » .

٢٣٦- المغني لابن قدامة « ٣٢٩/٨ » المهذب للشيرازي «١٢٥/٢» نيل الأوطار للشوكاني - طبعة بولاق « ٣٢٩/٥ » .

٢٣٧- المغنى لابن قدامة « ٣٣/٨ » .

٢٣٨- د. وهبه الزحيلي ص ١٥١ .

٢٣٩- عبد القادر عودة «٤٨٦/١ - ٤٨٧ » حاشية ابن عابدين «٢٧٤/٥»

٢٤٠- عبد القادر عودة « ٤٨٧/١ » .

٢٤١- عبد القادر عودة « ٤٨٧/١ - ٤٨٨ » حاشية ابن عابدين «٥٢٤/٥» المغنى لابن قدامة «٥٧١/٩» مواهب الجليل «٢٤١/٦» .

٢٤٢- عبد القادر عودة « ٤٨٨/١ » .

٢٤٣- د. محمد نعيم ياسين ، الجهاد ميادينه وأساليبه ، مكتبة الزهراء ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ١٣٥ .

٢٤٤- د. عبد الكريم زيدان ، أصول الدعوة ، دار عمر بن الخطاب ، الأسكندرية ، ط ٣ ١٩٧٦ ، ص ١٦٤ .

٢٤٥- سيد قطب ، فى ظلال القرآن ، دار إحياء التراث العربى بيروت ، الطبعة الخامسة ، ١٩٦٧ المجلد الثانى ، ص ٢٧ - ٣٣ .

٢٤٦- د. عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ .

٢٤٧- سيد قطب ، المرجع السابق ، ج٢ ، ص ٣٢ ، ٣٣ .

٢٤٨- المصباح المنير ، القاهرة ، المطبعة الأميرية ، الطبعة الخامسة ، ١٩٥٦ مادتى عرف ونكر .

٢٤٩- لسان العرب لابن منظور ، دار لسان العرب ، بيروت ، مادتى عرف ونكر .

٢٥٠- سيد قطب المرجع السابق ، ج٢ ، ص ٣٣ .

ابن تيمية ، الحسبة ، مطبعة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، ص ١٠٣

٢٥١- الفخر الرازى ، مفاتيح الغيب ، ج٣ ، ص ٢٠ .

٢٥٢- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ج١ ص ٤٩٢ - ٤٩٣ .

٢٥٣- الإمام النووى ، شرح صحيح ملم ، المطبعة المصرية ، ج٢ ص ٢٢ الإمام ابن حزم ، الفيصل فى الملل والأهواء والنحل ، طبعة محمد علي صبيح ، القاهرة ج٥ ص ١١ ، إمام الحرمين الجويني ، الإرشاد فى قواطع الأدلة ، ص ٣٦٨ . الشيخ نصر السمرقندى ، بستان العارفين ، مطبعة الحلبى ص ٥٢ .

٢٥٤- إحياء علوم الدين للغزالى ، مطبعة دار الشعب القاهرة المجلد الثانى ص ١١٨٧ ، شرح النووى لصحيح مسلم «٢٣/٢» ، الحسبة لابن تيمية ، ص ٦٣ .

٢٥٥- الفخر الرازى « ١٩/٣ » .

٢٥٦- الإمام ابن حزم ، المحلى ، المكتب التجارى للطباعة ، بيروت ج١ ص ٣٢ .

٢٥٧- عبد القادر عودة ، المرجع السابق «٤٩٤/١ - ٤٩٥» .

٢٥٨- نفس المرجع « ٤٩٦/١ - ٥٠١ » .

٢٥٩- إحياء علوم الدين « ١٢٠٠/٢ ومابعدها » .

٢٦٠- نفس المرجع « ١٢٠١/٢ » شرح النووى لصحيح مسلم «٢٣/٢ »

٢٦١- د. عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ١٧٦ - ١٧٨ .

٢٦٢- الأحكام السلطانية ص ٢١٨ ، إحياء علوم الدين «١٢١٥/٢» أسنى المطالب «١٨٠/٤» .

٢٦٣- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ج٢ ص ٥٠١ - ٥٠٥ بتصرف يسير .

٢٦٤- إحياء علوم الدين « ١٢٢٥/٢ وما بعدها » .

٢٦٥- د. محمد نعيم ياسين - المرجع السابق ، ص ١٦٥ - ١٦٩ ، عبد القادر عودة « ٥٠٥/١ - ٥٠٨ » .

٢٦٦- عبد القادر عودة ، المرجع السابق « ٥٠٩/١ - ٥١٠ » .

٢٦٧- د. محمد نعيم ياسين ، المرجع السابق ، ص ١٦٦ .

٢٦٨- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ج١ ص ٥١٠ - ٥١١ .

إختلاف شكل الحبس الاحتياطى باختلاف شكل النظام السياسى الحاكم

الأستاذ / محمد شكرى عبد الفتاح
المحامى بالنقض

من المقرر فى كافة الشرائع السماوية والدساتير والقوانين التى تحترم حقوق الانسان أن الأصل فى الانسان البراءة وإعمالاً لهذا المبدأ ظهرت القاعدة القانونية القائلة بأن المتهم برىء حتى تثبت إدانته ويتمخض عن ذلك ضرورة احترام حق المتهم فى الحرية إلى أن يدان نهائياً من خلال محاكمة عادلة أمام قاضيه الطبيعى ، ولما كان فى هذا المبدأ العادل تركيز للعدالة المثلى وترسيخ لقواعد القانون الطبيعى فقد حرصت كافة المنظمات الدولية السياسية والقانونية والمهتمة بحقوق الانسان على رعاية المبدأ المذكور وتبنيه ، ووصلت فى هذا المضمار إلى حد تجنيد نفسها وتكريس جهودها للعمل من أجل حمايته وترسيخه فضمنته صراحة مواثيقها ومناهجها علاوة على ذلك نشطت من أجل ابرام المعاهدات والمواثيق بين الدول لاقراره والتزام العمل به وقد أفرز تكثيف تلك الجهود الاعلان العالمى لحقوق الانسان الذى وافقت عليه وتعهدت بالالتزام بنصه وروحه دول العالم قاطبة فى معاملة رعاياها ومن بينها مصر والذى نصت المادة ١١ منه على حق المواطن فى دولته فى ألا يحاكم إلا أمام قاضيه الطبيعى ومن خلال محاكمة عادلة تتوافر فيها له كافة الضمانات .

ومن الجدير بالذكر أن الحبس الاحتياطى يعتبر من الاجراءات الخطيرة التى تكشف بوضوح عن مدى التناقض بين ضرورة احترام حرية الفرد وبين سلطة الدولة فى العقاب وتقديراً من جانب الفقه الجنائى لخطورة الحبس الاحتياطى على حرية الفرد وحقه فى الحياة فإن أعلام الفقه والقانون يعتبرونه إجراءً مكروهاً وغير مستحب ، لما فيه من مساس بحرية المتهم وشرفه وسمعته واعتباره فى جميع الأحوال ، وخطورة ذلك على الكيان العام للجماعة .

ومن الجدير بالإشارة أن خطورة الحبس الاحتياطى كاجراء يمثل قيداً ثقيلاً على حرية المتهم تتوقف مشروعيته على مدى الضمانات التى يحيطه بها القانون ومن هنا فكر الحكام المستبدون فى استغلال هذا الإجراء أسوأ استغلال من أجل قهر المحكومين والتسلط عليهم ترسيخاً لشخصية الفرد المطلق وتقديساً لشخصية الحاكم المستبد وتأليهاً له فبادر هؤلاء الحكام المستبدون إلى تجريد الحبس الاحتياطى من الضمانات بقدر الإمكان لفرض إرادتهم على المحكومين بالإرهاب والتخويف بأن جعلوا من إجراء أو رخصة الحبس الاحتياطى وسيلة للتأديب أو الجزاء العاجل .

إزاء ما تقدم فقد صار للحبس الاحتياطى فى تاريخ الجماعة الإنسانية ماضى أسود بعد ما أسىء استعماله لأبشع مدى فى كثير من الدول وخاصة فى الدول التى تسود فيها الأنظمة الشمولية المستخلفة عن نظريات ونظم الحكم العتيقة التى سادت المجتمعات العبودية وصارت سُبة ووصمة عار فى تاريخ الحضارة الإنسانية على مدى تطورها التاريخى مع الزمن خلال الأجيال السابقة والمستقبلة .

ويمكن القول أنه فى النظم البوليسية أو الديكتاتورية الشمولية التى تنمحى فيها حرية الفرد وتهدر فيها الحريات العامة سواء بشكل سافر أو بشكل مقنع تسيطر السلطة التنفيذية وتتحكم إلى حد تختلط فيه مقومات السلطة الحاكمة بمقومات الدولة ونفاجأ بأنه استناداً إلي هذا الإجراء يتم إيداع الأبرياء السجون والبطش بالخصوم السياسيين خلال فترة التحقيق الذى يمتد على هوى السلطة وحسبما يحلو لها دون مبررات أو دواع من القانون وبعيداً عن دائرة المشروعية تحت شعار كاذب أو زعم زائف هو مصلحة التحقيق .

ومن الخليق بالذكر أن خطورة هذا الإجراء تكمن فى أنه يصدم المتهم صدمة عنيفة فى تصوره وقيمه ومقوماته كإنسان ويلحق به الشبهة ويؤذيه أشد الأذى فى شخصه ومصالحه ويمسه فى شرفه وسمعته عند أهل وطنه وعشيرته ، سيما إذا كانت دواعى الحبس الاحتياطى غير متحققة ، من أجل هذا تلجأ إليه الدول الشمولية كنوع من التأديب الفورى أو العقوبة المقنعة الفورية أو الجزاء المعجل .

وفى هذا الصدد يعتبر قانون الإجراءات الجنائية فيما يتعلق بالحبس الاحتياطى حجر الزاوية ومن القوانين المؤثرة على الحريات العامة والمتأثرة بهذه الفلسفة لهذا يتعرض القانون المذكور لأزمات عنيفة كلما تعرضت الحريات العامة فى الدولة لمحنة ، فإذا تزعزت سلطة الحاكم فى النظم الشمولية أو اختلت الهيمنة الدكتاتورية فى هذا النوع من الدول المستبده وجدنا سيادة القانون المستند إلي مبدأ المشروعية تضمحل ويوشك مبدأ المشروعيه أو القانون العادل أن يختفى وتستخدم السلطة الحاكمة أو الحاكم الظالم المستبد الحبس الاحتياطى كوسيلة من وسائل القمع أو أسلوب من أساليب الإرهاب والتخويف سيما بعد أن تعمد السلطة إلى إطالة مدته شهوراً عن طريق الضغط على النيابة العامة وتوجيهها بمالها عليها من سلطان بحكم كونها تابعة للسلطة التنفيذية تبعية مطلقة ، لهذا تقوم النظم البوليسية بضبط القانون بدلاً من أن يضبطها القانون فتعمل على تشكيل وترتيب نظامها الجنائى والإجرائى حسبما يحلو لها بالنسبة للحبس الاحتياطى فتراها تجرده من ضمانات مشروعيته حتى يصبح الحبس الاحتياطى أداة فى يد السلطة لمصادرة الحريات وإهدار الحقوق الشخصية والعامة بدلاً من أن يكون أداة لتنظيم الحريات والحقوق الشخصية والعامة كما هو الحال فى النظم الديموقراطية التى تستخدمه بحرص فى إطار طبيعته الأصلية كمنظم للحرية الشخصية وموظف لها حتى لا تنحرف عن طبيعته الأصلية والغرض من توظيفه .

وغنى عن البيان أن هذا البحث الماثل يستطرق بنا إلى إماطة اللثام أو إشاحة الستار عما يجرى عليه العمل فى مصر فى هذا المجال فى ظل متغيرات حالة الطوارىء فى البلاد .

فمن المعلوم أنه منذ إعلان حالة الطوارىء فى مصر بموجب القرار الجمهورى ٢٣٣٧ سنة ١٩٦٧ الصادر فى ٥ يونيو سنة ١٩٦٧ والبلاد تعيش فى جو عصيب تقهر فيه الحريات وتقيد فيه حقوق الانسان المكفولة بموجب الاعلان العالمى لحقوق الانسان فى الوقت المستقر فيه على أن إعلان حالة الطوارىء فى مصر تم بشكل غير دستورى .

ومن المعلوم للكافة أن سلطة الطوارىء فى مصر ظلت تمارس الحبس الاحتياطى فى شكل الحبس المطلق الذى فرضته على معارضيها وخصومها السياسيين كصورة من صور الاعتقال البوليسى الذى مورس استثناءً من قاعدة المشروعية بعيداً عن طبيعة الحبس الاحتياطى الأصلية ، وبعيداً عن الغرض من قانون الطوارىء ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ نفسه وظل الحال على هذا المنوال إلى أن صدر فى ١٥ مايو سنة ١٩٨٠ قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٧ سنة ١٩٨٠ بإنهاء حالة الطوارىء .

ومن دواعى القلق المبالغ أن تبين فيما بعد أن إلغاء حالة الطوارىء لم يكن سوى قناع زائف أو ساتر براق يخفى وراءه اتجاهاً خطيراً لفرض المزيد من القيود على الحريات العامة وممارسة حقوق الإنسان فى مصر وقد بلغ هذا الاتجاه ذروته وأفصحت عنه بوضوح السلطة الحاكمة فى مصر عندما أصدرت القانون ٩٥ لسنة ٨٠ تحت اسم براق هو حماية القيم من العيب وذلك بالاتفاق مع مجلس الشعب المصرى الذى صار من فرط مشايعته للسلطة التنفيذية أن تحول من واقع ممارساته المحسوبة عليه إلى مجرد جهة إدارية تخضع لهيئة السلطة التنفيذية وتؤتمر بأمرها أو مجرد جهاز يقوم دون تروى بترجمة رغبات الحاكم أو السلطة التنفيذية إلي قوانين وتشريعات ولو كانت مخالفة للدستور أو حقوق الإنسان أو منافية لإرادة الأمة كما هو الحال بالنسبة للقوانين الاستثنائية والسيئة السمعة التى أجمعت ارادة الأمة بأسرها على استنكارها والتصدى لها ولكن مجلس الشعب تحدى ارادة الأمة واصدر القوانين المذكورة رغم مخالفتها للدستور ومجافاتها لحقوق الانسان لمجرد أن السيد رئيس الجمهورية أصر على إصدارها .

ومن الخليق بالذكر أن كافة النقابات والطوائف والهيئات ومن بينها جميع الهيئات ونقابة المحامين قد أعلنت استنكارها للقوانين المذكورة ومعارضتها لها لما تنطوى عليه من مساس بكافة الحريات الأساسية للشعب المصرى على نحو ينهى وجود الانسان المصرى وحريته فى التفكير والعيش الشريف ويتعارض مع القيم الأساسية لكافة المجتمعات المتمدينة والتى تضمنتها أحكام الشرائع السماوية وعلى رأسها الشريعة الإسلامية الغراء عقيدة هذه الأمة ، وأحكام الدستور والإعلان العالمى لحقوق الإنسان التى لا ينبغى أو يتصور أن يصدر قانون مخالف لها أو متعارض معها ، وأن نقابة المحامين ترقب بقلق بالغ الاتجاه لفرض المزيد من القيود على الحريات العامة وممارسة حقوق الإنسان فى مصر الذى بلغ ذروته بطرح تلك القوانين التى فاقت فى خطورتها أى تشريعات استثنائية ، ولقد كان من دواعى الأسى والغرابة أن يصدر فى اليوم التالى لإنهاء حالة الطوارىء بديلاً قاسياً لحالة الطوارىء التى صار إلغائها فى ١٤ مايو سنة ١٩٨٠ إعتباراً من ١٥ مايو سنة ١٩٨٠ اليوم التالى هو قانون العيب ٩٥ لسنة ١٩٨٠ .

الأمر الذى يبين منه بوضوح لأى مدى كان إلغاء حالة الطوارىء صورياً ورغم ذلك لم تستطع السلطة فى مصر الاستغناء عن مناخ الطوارىء فسارعت فى يوم ٦ أكتوبر ١٩٨١ اعلان حالة الطوارىء ثانية مستغلة فى ذلك اغتيال الرئيس السادات والتى ظلت سارية حتى يومنا هذا تجدد بلا انقطاع وغنى عن البيان أن من أخطر التشريعات الاستثنائية المقيدة للحريات التى صدرت بعد إنهاء حالة الطوارىء مباشرة والتى لا محل لصدورها البته لإنتهاء حالة الطوارىء فى البلاد هو القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإنشاء محاكم أمن الدولة وليس بخاف على أحد أن ذروة الخطورة فى هذا التشريع الغريب أنه يقنن الاجراءات الاستثنائية حيث يحول الاستثناء إلى أصل ويفرض على المواطنين حالة طوارىء مؤبدة .

وباستقراء القانون المذكور أو مطالعة نصوصه سيما المادة السابعة منه التى نقلت اختصاص قاضى التحقيق وسلطانه فى التحقيق والحبس الاحتياطى إلى النيابة العامة بعد أن كانت هذه السلطات محرمة على النيابة العامة ضماناً للحريات العامة يتضح فى جلاء بما لا يدع مجالاً للشك عدم مشروعيه القانون المذكور ومخالفته للدستور وذلك من حيث أنه يهدر كل مقومات الحريات العامة فى الدستور ويلغى كافة الضمانات المكفولة للافراد فى قانون الاجراءات الجنائية ومن ثم يمكن القول بأن قمة الدكتاتورية والشمولية أن تكون جميع اجراءات القبض والضبط والاتهام والتحقيق والحبس فى يد واحدة تتبع السلطة التنفيذية وتؤتمر بأمرها بعد أن تسلب السلطة القضائية ممثلة فى قاضى التحقيق اختصاصاتها فى هذا المجال الماس بالحريات وأبسط حقوق الانسان وكيانه لهذا يجب انتهاز الفرصة للطعن بعدم دستورية القانون المذكور وإلا صارت مصر فى هذا المجال من الدول المستبدة وأصبح نظام الحكم فيها شمولياً رغم شعارات سيادة القانون الزائفة التى يرفعها الحاكم لأن السيادة تكون للقانون العادل والمطابق للدستور وليس للقانون المخالف للدستور وحقوق الإنسان أو المخالف لمبدأ المشروعية .

وإنطلاقاً من هذا المفهوم يعتبر القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ علاوة على القوانين الاستثنائية الأخرى المقيدة للحريات فى مصر التى بدأت تأخذ شكل إعصار جامح أو موجة عاتية عصفت بالبلاد ، يعتبر تقنيناً ثانياً لحالة الطوارىء وبديلاً لها أشد سوءً وبشاعة لم يسبق له مثيل يؤدى إلى إهدار حقوق الانسان فى مصر وفسخ الدستور وتعطيل مبدأ المشروعية ويظهر كل هذا جلياً من المعطيات والمضامين المنبثقة .

يبين من استقراء نص المادة ٤١ من الدستور أن قيود الحبس الاحتياطى التى وضعها المشرع الدستورى هى ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع أو الدولة وفى هذا المجال يتفق رجال القانون على أن ضرورة التحقيق فى الدول الديمقراطية تكمن فى الخوف على الأدلة من العبث

وكذلك الخوف على المتهم من الهروب فإذا لم تتحقق ضرورة التحقيق فلا يجوز التعرض للمتهم أو المساس بحريته إلى أن تتم ادانته من خلال محاكمة عادلة أمام قاضيه الطبيعي أما عن القيد الثاني الوارد على رخصة استخدام الحبس الاحتياطي وهو صيانة أمن الجماعة أو الدولة فهو في المفهوم الانساني صيانة العلاقات الاجتماعية بين الناس وحمايتها فإذا لم يتحقق ذلك بوضوح فلا يجوز حبس المتهم احتياطياً بأي حال من الأحوال أما في الأنظمة الديكتاتورية أو الدول الشمولية فإن ضرورة التحقيق تأخذ شكل العقوبة المقنعة المعجلة التي لا تنتظر حكم القضاء كما وأن صيانة أمن المجتمع أو الدولة تأخذ شكل أمن السلطة والحيلولة دون التعرض لها بالنقد أو المعارضة .

وتنص المادة ٦٩ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه « متى أحيلت الدعوى إلى قاضي التحقيق كان مختصاً دون غيره بتحقيقها » ودلالة هذا النص واضحة على أن قاضي التحقيق هو الأكثر ضماناً والأكثر حيده والأكثر نزاهة وبعداً عن الشبهات أو التأثير الخارجي فمهما بلغ شأنه ومن ثم يغدو واضحاً في مجال اختصاص قاضي التحقيق بمباشرة التحقيق هو أن بعض أو الملابسات قد تتطلب إبعاد النيابة العامة عنه ووضعه في يد قاضي التحقيق الذي تتوافر له ضمانات القاضي وحصانته كما إذا كان قد بدر من النيابة العامة أو نيابة أمن الدولة موقف معين يكشف عن اتجاهها أو كانت ظروف التحقيق مريبة تستدعي التأكد من عدم خضوع المحقق لمؤثر خارجي مهما كان شأنه .

ومن الجدير بالإشارة أنه يترتب على كون قاضي التحقيق مختصاً دون غيره بالتحقيق أمران في غاية الأهمية وهما :

(أ) أن يمتنع على كافة أعضاء النيابة العمومية من أدنى مستوياتها حتى النائب العام نفسه التدخل بأي صورة من الصور في القضية الجاري تحقيقها بمعرفة قاضي التحقيق .

(ب) تجريد كافة المستويات الرئاسية بالنيابة العامة من سلطات الاشراف على التحقيق أو اصدار أية قرارات فيه سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة .

كما تنص المادة ٧٠ من قانون الإجراءات الجنائية على أن « لقاضي التحقيق أن يكلف أحد أعضاء النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي القيام بعمل معين أو أكثر من أعمال التحقيق عند استجواب المتهم ، ويكون للمندوب في حدود ندبه كل السلطات التي لقاضي التحقيق ..... » ويتضح من النص المذكور أمران :

١- أن ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع وحدهما هما مناط اختصاص قاضي التحقيق ودواعي إسناد التحقيق إليه وهما من النظام العام ومن ثم لا يجوز ابتداء تجريد قاضي التحقيق من اختصاصه أو سلطته واسنادها إلى النيابة العامة دون موافقته أو تعويض ذلك .

٢- أن اختصاص قاضي التحقيق باستجواب المتهم من الأمور التي تفرد بها وحده ولا يجوز بأي حال من الأحوال اسنادها إلي غيره أو التفريط فيها سواء بموافقة أو بتشريع وإلا صار التشريع الصادر بسلب قاضي التحقيق اختصاصاته في هذا الصدد وإسنادها إلي النيابة العامة غير دستوري لمغالطة حكم الدستور في هذا المجال لأن قانون الاجراءات الجنائية في هذا الصدد يعتبر مكملاً للدستور ويأخذ مرتبته بمجرد توافر الدواعي الواردة في المادة ٤١ من الدستور وهي ضرورة التحقيق وأمن المجتمع وغني عن البيان أن انعقاد الاختصاص لقاضي التحقيق في ظل هذه الدواعي أمر من النظام العام الأساسي للمجتمع وهو المحور الرئيسي للدستور الذي لا يجوز للسلطة التشريعية أن تعبث به أو تفكر في المساس به وإلا أصبح عملها التشريعي الصادر بهذا المنحى غير دستوري ومتعيناً إلغاؤه أمام المحكمة الدستورية العليا على

النحـو الوارد فى القـانون ٤٨ لسنة ٧٩ بشـأن المحكمة الدستورية العليا .

ومن الجدير بالذكر أنه لكى نتبين مدى خطورة هذا الوضع على الحريات العامة لابد من ادراك أن قاضى التحقيق بحكم كونه أحد أعضاء السلطة القضائية يتمتع بحصانات القضاء وضماناته من حيث أن السلطة القضائية سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية التى يرأسها رئيس الجمهورية بينما على العكس من ذلك كان رجال النيابة العامة جميعهم ومن بينهم رجال نيابة أمن الدولة تابعون لوزير العدل الذى هو أحد رجال السلطة التنفيذية ويؤتمرون بأوامره ونجد ذلك ظاهراً بوضوح فى المادتين ٧١ ، ١١٠ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٣ ومعدلاته حيث نرى رجال القضاء يؤدون اليمين القانونية أمام دوائر محكمة النقض أو الاستئناف حسب مستوياتهم ولا يؤدون اليمين أمام رئيس الجمهورية أو زير العدل بينما نرى رجال النيابة العامة ومن بينهم أعضاء نيابة أمن الدولة يؤدون اليمين القانونية أمام وزير العدل بحضور النائب العام ومن هذا المنطلق هم تابعون ولائياً للسلطة التنفيذية تماماً يؤتمرون بأوامرها ويتأثرون بتوجيهات وتعليمات وزير العدل بشكل ملحوظ فى القضايا السياسية ويترتب على ذلك أن يفسدوا إسناد اختصاص قاضى التحقيق إلى النيابة العامة أو نيابة أمن الدولة من قبيل انقاص الضمانات العامة المكفولة للأفراد وإهدار الحريات لأنه إسناد لجهة تفتقد كافة الحصانة وتفتقر إلى مختلف الضمانات الاستقلالية عن السلطة التنفيذية التى تدور فى فلكها تماماً وهو ما ينجم عنه أمر غاية فى الخطورة هو ترك الحبل على الغارب للسلطة التنفيذية تهيمن على التحقيق وتؤلف التهم والقضايا وتخرج التحقيقات كما يحلو لها وهو ما تنعدم فيه المشروعية وتختل معه تماماً الشرعية الدستورية ويختل تبعاً له مبدأ الفصل بين السلطات أيضا وتتحول الدولة إلى سلطة واحدة هى السلطة التنفيذية تماماً كما آل إليه حال الدولة فى فرنسا فى عصر لويس الرابع عشر حتى وصل به الأمر أن قال « أنا الدولة » Je suis L'etat .

وجدير بالإشارة أن المادة ٧١ من قانون السلطة القضائية قد استهلت بعبارة « يؤدى القضاه قبل مباشرتهم .... » بينما المادة ١٢٠ من نفس القانون قد استهلت بعبارة يؤدى أعضاء النيابة قبل اشتغالهم .

لا جدال فى أن المفهوم فى وضوح من واقع هذه الصياغة من جانب المشرع أن عبارة (مباشرتهم) تعنى أن القضاء سلطة وولاية بينما عبارة (اشتغالهم) تعنى أن النيابة وظيفة حكومية ذات طبيعة قضائية والفارق واسع وعميق بين الاصطلاحين من ناحية المفهوم والمدلول القانونى الذى ينعكس أثره فى انعدام كل الضمانات والحصانات التى يجب أن يتمتع بها المتهم خاصة مع ضرورة النيابة العامة أو نيابة أمن الدولة خصماً وحكماً فى وقت واحد وتحولها إلى سلطة إدانة وليست سلطة اتهام .

وفى إطار المفهوم السابق نجد أن عضو النيابة العامة أو نيابة أمن الدولة يفتقد الشرعية القانونية من حيث أنه يجلس على كرسى القضاء يباشر اختصاصات قاضى التحقيق دون أن يحلف اليمين القانونى المنصوص عليها فى المادة ٧٢ من قانون السلطة القضائية ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ولا يستقيم فى هذا المقام أن يكون قد حلف يميناً أخرى مختلفة هى اليمين القانونية المشار إليه فى المادة ١٢٠ من قانون السلطة القضائية لأن لهذا الأمر خطورته ومخاطره التى لا يدركها أو يقدرها سوى العاملين فى حقل القانون وساحات القضاء .

ومن استقراء نص المادة ٧٢ من قانون الإجراءات الجنائية يتضح جلياً خطورة المغامرة التى قام بها المشرع المصرى بإصداره القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ .

إذ تنص المادة المذكورة على أن « يكون لقاضى التحقيق ما للمحكمة من اختصاصات ويجوز الطعن

على الاحكام التى يصدرها ...... » أى أن ما يصدر عن قاضى التحقيق هو أحكام قضائية يطعن عليها كما يطعن على الأحكام ومن ثم لا نفهم كيف يستقيم هذا النص إذن مع إسناد هذه المهمة وهى إصدار أحكام إلى عضو النيابة الذى افتقد الحيدة والصلاحية بعد أن أفصح رأيه فى الادانه بتوجيه الاتهام إلى المتهم اثناء التحقيق وبالتالى طبقاً لنص المادة ١٤٦ من قانون المرافعات يمتنع عليه النظر فى القضية بالجلوس فى منصه قاضى التحقيق .

ومن مراجعة نص المادة ٨١ من قانون الاجراءات الجنائية نجد أن المشرع الجنائى الملتزم بالشرعية الدستورية ينص على أن « للنيابة العامة وباقى الخصوم أن يقدموا إلى قاضى التحقيق الدفوع والطلبات التى يرون تقديمها كما نص المشرع فى المادة ٧٢ من نفس القانون المذكور » على أن يفصل قاضى التحقيق فى ظروف أربع وعشرين ساعة فى الدفوع والطلبات المقدمة إليه ويبين الأسباب التى يستند إليها ويعنى هذا أن قاضى التحقيق رقيب على النيابة ومراجع لأعمالها تنعقد أمامه محاكمة وخصومة طرفيها النيابة العامة والمتهم ولأنفسهم كيف يستقيم مع هذا إسناد سلطات قاضى التحقيق إلى النيابة العامة اللهم إذا كان المراد لها أن تصبح خصماً وحكماً فى ذات الوقت لتقضى على كل من يقع تحت يدها من معارض للسلطة الحاكمة وفى هذا لا شك إهدار لكافة الضمانات والمبادىء الأساسية المرعية فى المحاكمات فى كل دول العالم المتحضرة ومجافاة للاعلان العالمى لحقوق الانسان .

ومن غير المفهوم أيضا كيف يضع قانون كل امكانيات القهر والقمع ومصادرة الحريات ويتركها لأوامر غير مسببة وقرارات ليس لها أسباب من اعضاء نيابة يسيطر عليهم طابع الاتهام دون طابع القضاء المحايد والمستقل بعد أن كان الأمر مكفولاً بأحكام قضائية تصدر عن قضاة محصنين ومحايدين وتسبّب تسبيباً قانونياً كافياً ، ومن غير المفهوم أيضاً كيف يتمكن المتهم من مباشرة حقه القانونى والدستورى فى الطعن على قرارات قاضى التحقيق التى صارت تصدرها النيابة العامة فى شكل قرارات مبتورة لكن تحوز حجة الأحكام وقوتها وهو أمر فى منتهى الخطورة لأنه عودة إلي الوراء والتخلف وتصدع للنظام القضائى وضياع لحقوق الإنسان .

من حصاد ما تقدم يستبين فى جلاء أن للحبس الإحتياطى طبيعة أصيلة خاصة معروفة ومتفق عليها هى أنه أداة تنظيمية فى مجال الحريات فى الدول الديموقراطية لكن هذه الطبيعة تتغير فى الدول غير الديموقراطية أو المستبدة التى تسودها النظم الشمولية ليصبح الحبس الاحتياطى عقوبة فورية مقنعة أو جزاء معجلاً فى يد السلطة الحاكمة فى هذا النوع من الدول ومن هذا المنطلق يمكن القول أن الحبس الاحتياطى في مصر فى ظل القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ قد أصبح شراً مستطيراً يهدد الديموقراطية ويصفى المعارضة الحرة الشريفة حيث ثبت تماماً من واقع الممارسة العملية ومن واقع ملفات العديد من القضايا العامة والقضايا السياسية فى مصر أن السلطة بمختلف أجهزتها إثباتاً لوجودها ومحافظة على استمرار هذا الوجود وازدهاره وإنماء له وإرضاء للحاكم تقوم بتلفيق التهم والقضايا للمواطنين وتعذبهم لمجرد أنهم ينتمون إلى المعارضة أو يقفون فى صف الرأى الآخر ثم تتلقفهم نيابة أمن الدولة بالتحقيق والحبس .

الأمر الذى يحتاج إلى نظر وتدبر من كافة رجال القانون والحريات وحقوق الانسان والمخلصين من أبناء مصر اللهم ما بلغت اللهم فاشهد ولا حول ولا قوة إلا بالله .

الإجتهـــاد

فى

الفقـه الإسلامى

الأستاذ / بدرت نوال محمد بدير

المحامى بالنقض

هو بذل الجهد والطاقة فى فعل من الأفعال ، ولا يستعمل هذا اللفظ إلا فيما فيه كلفة وجهد ، فيقال اجتهد فى حمل الأثقال إذا كانت ثقيلة .

وأما الإجتهاد فى عرف العلماء فهو بذل الجهد والطاقة من الفقيه لمعرفة حكم الله من دليل ظنى والفقيه هو من عنده ملكة يستطيع بها أن يستنبط الأحكام الشرعية - غير الاعتقادية - من الأدلة التفصيلية ، ولا يعتبر فقيهاً - فى نظر العلماء - من حفظ الفروع الفقهية ولو بأدلتها ، لأن ما عنده من فقه إنما هو ثمرة لجهد غيره لا لجهده .

والدليل الظنى قد يكون ظنياً فى ثبوته عن صاحب الشرع بأن يترجح فى ذهن المجتهد أنه صادر من الشارع ، ولا يقطع بثبوته بل هناك احتمال مرجوح أنه لم يصدر منه ، وذلك كالأحاديث التى نقلت إلينا آحاداً ، كقوله ﷺ « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » و « الجار أحق بالشفعة » إلى آلاف من الأمثلة التى تذخر بها كتب السنة .

وقد يكون الدليل الشرعى ظنياً فى إفادته للحكم ، وإن كان قطعياً فى ثبوته عن الشارع كبعض آيات القرآن الكريم ، كقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فهذه الآية قطعية فى ثبوتها ظنية فى دلالتها ، فإن لفظ « قروء » جمع لقرء ، والقرء فى اللغة العربية يطلق على معنيين ، الحيض والطهر ولا يمكن القطع بأن المراد لله واحد منهما بعينه ، ومن هنا جاءت الظنية فى دلالة الآية على المعنى المراد لله تعالى .

ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق ﴾ فإن الآية أيضا قطعية فى ثبوتها ولكن دلالتها على حرمة متروك التسمية مطلقاً دلالة ظنية ، وذلك لأن الواو فى قوله « وإنه لفسق » صالحة أن تكون عاطفة للجملة التى بعدها على الجملة التى قبلها ، فيكون معنى الآية حينئذ ، النهى عن أكل متروك التسمية ثم الإخبار عن هذا الأكل بأنه فسق كقولك لولدك : لا تلعب ، وعاقبة اللعب الرسوب .

كما يصح أن تكون الواو للحال ، ويكون معنى الآية حينئذ لا تأكلوا متروك التسمية بشرط كون الترك فسقاً ، وهو لا يكون فسقاً إلا إذا ذكر اسم آخر سوى اسم الله تعالى ، إذ من المعلوم - عند أهل اللغة العربية - أن الحال وصف لصاحبها قيد فى عاملها .

هذا ومن الأدلة الظنية : القياس ، فليس هناك إجماع على حجيته ولو سلمنا أنه حجة فإن معرفة علة الحكم - وهى أساس القياس - ليس مقطوعاً بها ، بل مما تختلف فيها الأنظار إختلافاً كبيراً ، وقد يكون الحكم فى واقع الحال ليس معللاً .

من هذا التعريف للإجتهاد نعلم أن القول فى أحكام الله تعالى من غير بذل الجهد والطاقة فى الأدلة الشرعية ليس اجتهاداً ، بل هو اتباع للهوى إذا كان هذا إستجابة لشهوة نفسه أو تقليداً إذا كان متبعاً لغيره وكذلك إذا بذل الجهد والطاقة فى دليل شرعى قطعى فى ثبوته ودلالته فخرج على الناس بحكم لا يفيده الدليل ، فهذا يعتبر تحريفاً للكلم عن مواضعه ، ولا يكون هذا اجتهاداً - وإن بذل الجهد - بل هو تكلف وتضليل ، كأولئك الذين يقولون بحل الربا إذا كان الاقتراض للاستثمار وبحرمته إذا كان للإستهلاك ، فإن آيات الربا قطعية فى ثبوتها قطعية فى دلالتها على حرمته ، ولا أصرح وأقطع فى هذا المعنى من قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربوا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾ .

ولا يقل شفاعة عن هؤلاء أولئك الذين أعملوا ذهنهم فى آية تحريم الخمر وخرجوا على الناس بأنه ليس فيها ما يدل على التحريم ، وغاية ما فيها أنه أمر باجتنابها ولم يقل فى الآية حرمت عليكم الخمر ، وفاتهم أن

الآيتين الدالتين على تحريم الخمر والميسر فيهما ستة أدلة كل منها قطعى فى إثبات التحريم .

ولنقرأ الآيتين ﴿ يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوات ، فهل أنتم منتهون ﴾ .

فأولا : قرن الخمر والميسر بالأنصاب وهى الأصنام فى حكم واحد وهو كون جميعها رجساً .

ثانياً : حكم على كل من الخمر والميسر والأنصاب والأزلام بأنها رجس ، والرجس النجاسة وهى ما استقذره الشارع ، وإن كانت مما تميل إليه النفس .

ثالثاً : أنها من عمل الشيطان - وهل يعمل الشيطان - وهو عدو الانسان الأول - إلا ما يبعده عن ربه ليكون مطروداً مثله .

رابعاً : أنه - تعالى - أمر باجتنابها والابتعاد عنها ، وهذا أبلغ فى التحريم من قوله ﴿ حرمت عليكم ﴾ لأن اجتنابها يقتضى حرمة شربها وحملها وصنعها إلي غير ذلك .

خامساً : إخباره تعالى بأنها توقع العداوة والبغضاء ، وكل ما يؤدى إلى قطع أواصر المودة بين الناس يكون حراماً حتى أن الشارع حرم البيوع التى تؤدى إلى المنازعة لأنها تفضى إلى العداوة .

سادساً : أنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وكل ما شأنه كذلك فهو حرام .

وإذا كان النظر في الأدلة القطعية لا يسمى اجتهاداً حقيقة وإن كان فى صورة الاجتهاد ، فيحسن أن نعرف هذه الأدلة ، وهى ثلاثة أصناف :

الأول : آيات القرآن الكريم المحكمة التى لا تحتمل إلا معنى واحداً كالمثالين السابقين وآيات تحريم الزنا والقتل ، والآيات الدالة على وجوب الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد إلى كثير من الآيات .

ومما ينبغى أن يعلم آن الآية الواحدة قد تكون قطعية الدلالة فى شىء ظنية فى شىء آخر فمثلاً قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ قطعية فى وجوب العدة وهى التربص المراد بالآية إن كانت من ذوات الحيض ، ولكن كون التربص ثلاثة أطهار أو ثلاث حيضات هذا ظنى ، والأمثلة على ذلك من الكتاب كثيرة جداً .

الثانى : من الأدلة القطعية والإجماع الصريح الذى نقل إلينا متواتراً كتحريم زواج المسلمة باليهودى أو النصرانى ، وتوريث الجد أو الجدة عند فقد الأم .

الثالث : من الأدلة القطعية الأحاديث التى وردت عن رسول الله ﷺ متواترة بأن يستحيل العادة أن يتواطأ نأملوها على الكذب ، وكانت هذه الأدلة قطعية كذلك فى دلالتها وهى قليلة جداً ، عد منها قوله ﷺ : « من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار » فهذا الحديث قطعى فى ثبوته قطعى فى دلالته على حرمة الكذب على رسول الله ﷺ .

حكم الإجتهاد :

أن لله سبحانه وتعالى حكماً فى كل عمل يصدر من العباد ، وما من معاملة مالية أو عقد نكاح إلا وهناك حكم شرعى من صحة أو فساد أو حل أو حرمة ، فليس الإسلام دين معاملة بين العبد وربه ، بل هو دين معاملة بين العبد وربه وبين العبد ونفسه وبين العباد بعضهم مع بعض أفراداً وجماعات .

والحوادث تتكرر والظروف تتغير وما كان - فى عهد النبوة والتنزيل - قد اعتوره التغير والتبديل ، ولابد من معرفة حكم الله تعالى فى كل حادثة وردها إلى أصل من أصول التشريع السماوى ولذلك فإن الإجتهاد تارة يكون واجباً عينياً (أى على شخص معين بالذات) وتارة تكون واجباً كفائياً (أى على الأمة فى مجموعها بحيث يكون منها من يبلغ مرتبة الإجتهاد) وتارة يكون مندوباً أى محبباً عند الله تعالي من غير وجوب وتارة يكون حراماً معاقباً عليه .

الإجتهاد الواجب وجوباً عينياً : أن يسأل الشخص الذى بلغ مرتبة الإجتهاد عن مسألة ولا يوجد غيره يستطيع أن يفتى فيها بالحل أو الحرمة أو الصحة أو الفساد ففى هذه الحالة يتعين على من بلغ مرتبة الإجتهاد أن يبذل جهده وطاقته في الأدلة الشرعية ليعرف حكم الله فيما سئل عنه .

الإجتهاد الواجب وجوباً كفائياً : يكون إذا وجد غيره من المجتهدين يمكن الرجوع إليهم لمعرفة الحكم الشرعى فإذا أفتى واحد منهم بما يراه فى المسألة برئت ذمة الجميع وإذا امتنعوا أثموا جميعاً ، وكذلك إذا خلا زمان عن مجتهد يرجع إليه أثمت الأمة كلها بحكم التضامن الاجتماعى الذي وضع الإسلام أسسه بمبدأ الوجوب الكفائى الذى أعتقد أن الإسلام لم يُسبق به .

الإجتهاد المندوب : وهو أن يبذل المجتهد وسعه فى إستنباط أحكام شرعية لحوادث لم تقع بعد ولكن احتمال وقوعها احتمال قريب حتى إذا وقعت كان جوابها حاضراً وحتى لا يقع الناس فى الإثم قبل أن يعرف المجتهد الحكم .

وأما المسائل الفرضية التى لم تجر العادة بوقوعها أو الأغلوطات والألغاز فإن الاشتغال بها مكروه شرعياً فإنها مضيعة للوقت وإشتغال بما لا يجدى وهذا إن لم يكن حراماً ، فأقل ما يقال فيه أنه مكروه .

الإجتهاد الحرام : وهو الإجتهاد فى مقابلة نص قطعى فى ثبوته ودلالته ، وهذا ليس اجتهاداً وإن كان فى صورة الاجتهاد ، هذا ما قرره العلماء فى حكم الاجتهاد ، ومنه تعرف أنه لابد وأن يكون فى كل عصر مجتهدون يرجع إليهم فيما جد عن معاملات .

شروط الإجتهاد :

هناك شروط ترجع إلى المجتهد وشروط ترجع إلى المجتهد فيه ؛ فأما ما يرجع إلى المجتهد . فمنها ما يشترط لتحقق وصفه بالإجتهاد ، ومنها ما يرجع إلي قبول إجتهاده وجواز عمل الغير به . فأما ما يرجع إلي تحقيق صفة الإجتهاد فإن يكون محيطاً بالأدلة الشرعية فتمكنا بما عنده من الملكة من معرفة الشرعى ولو ظناً بالنظر فى هذه الأدلة وتقديم ما يجب تقديمه وتأخير ما يجب تأخيره ومدارك الأحكام الشرعية هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس وما يمكن أن يرد إلى هذه الأدلة الأربعة من الأدلة المساعدة التى هى فى الحقيقة راجعة إلى هذه الأدلة كالاستصحاب والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف خاصة وعامة ومذاهب الصحابة وشرع من قبلنا .

أما الكتاب - وهو أصل لجميع الأدلة - فيكفيه منه أن يعرف آيات الأحكام وهى لا تتجاوز خمسمائة آية ولكن الحق أن من عنده ملكة الاستنباط يستطيع أن يستثمر كثيراً من الأحكام من الآيات التى وردت فى القصص القرآنى ، وليس بواجب - لتحقيق صفة الإجتهاد - أن يكون حافظاً لهذه الآيات عن ظهر قلب بل يكفيه أن يعرف مواقعها فيرجع إليها وقت الحاجة .

وأما السنة فيجب أن يعرف الأحاديث المتعلقة بالأحكام الشرعية متناً وسنداً ، والمتن هو لفظ الحديث والسند هم الرواة الذين رووه واحداً عن واحد حتى يتصل برسول الله ﷺ وليس بواجب أن يكون حافظاً لها ولكن يجب أن يكون عالماً بمظانها ، ويكفى الآن لتحقق صفة الإجتهاد أن يعتمد فى التعديل والتجريح على أهل هذا الفن ممن عرفوا بالدقة فى الرواية والتحرى فى التعديل والتجريح كالبخارى ومسلم وأبى داود وغيرهم .

ومما ييسر الأمر على من يريد الإجتهاد أن هناك كتباً التزم فيها نقل أحاديث الأحكام دون غيرها من أحاديث المواعظ والحكم وأخبار اليوم الآخر وغير ذلك من الأغراض مثل كتاب سبل السلام فى أحاديث الأحكام ، ونيل الأوطار للشوكانى وكتاب الآثار للطحاوى ونصب الراية للزيعلى وغير ذلك من الكتب التى ألفت لهذا الغرض خاصة .

وأما الاجماع فينبغى أن يتميز عنده المسائل المجمع عليها حتى لا يفتى بغير الإجماع ، وليس من الضرورى

أن يكون حافظاً لهذه المسائل أو مستوعباً لها ، بل يكفى أن يعلم أن المسألة التى يجتهد فيها قد وافق رأيه فيها رأى إمام أياً كان أو أنها مسألة جديدة لم تكن فى العهد الذى كان يمكن فيه الإجماع ، وهو عهد الصحابة ، فإن الاجماع بعدهم يعتبر مستحيلاً عادة .

وأما القياس فيجب أن يكون عالماً بشروطه حتى لا يقع فى القياس الفاسد وأن يكون عالماً بالعلل الملغاة حتى لا يبنى عليها حكماً .

ومعرفته بالكتاب الذى هو أصل الأصول والسنة التى تعتبر كالمذكرة التفسيرية له يتطلب العلم ببعض العلوم ، فمن المعلوم أن القرآن عربى والنبى ﷺ عربى ، فلابد وأن يكون خبيراً باللسان العربى وأساليب الخطاب عند العرب ، وهذا قد يكون طبعاً وهو لا يتأتى إلا للعرب الخلص وهم غير موجودين الآن ، وقد يكون صناعة وذلك بمعرفة متن اللغة وليس من الضرورى أن يكون كالأصمعى وأبى عبيدة والفيروز بادى ، ومعرفة النحو والصرف وليس من الضرورى أن يكون كسيبويه والكسائى وابن مالك ، وليس من الضرورى أن يكون كعبد القاهر والزمخشرى فى البلاغة ، بل يكفى أن يعرف ما يتصل بالنص الذى يريد النظر فيه مما يساعده على فهم النص ويقربه إلى معرفة المراد منه ولو ظناً .

كما يشترط أن يعرف المحكم من المتشابه ، والمطلق من المقيد ، والمجمل من المبين ، والعام من الخاص ، والناسخ من المنسوخ ، ويكفيه من ذلك كله أن يعرف ما يتصل بالنص الذى ينظر فيه ، وليس من الواجب أن يكون مستوعباً لجميع ما فى الكتاب والسنة من هذه الأنواع .

وأما ما يشترط لقبول الإجتهاد وجواز تقليده فى رأيه فهو شرط واحد وهو العدالة . وأحسن ما قيل فى تعريف العدل أنه الذى لم يرتكب كبيرة ولم يصر على صغيرة ويتحاشى ما يخل بالمروءة ، وليس معنى هذا أن يكون معصوماً من الذنوب ولكن جانب الخير فيه أقوى من جانب الشر بحيث يغلب على ظن الناس أن يتحاشى الغش ولا سيما فى الدين .

وإنما اشترط هذا الشرط لقبول فتواه لأن الاستفتاء ثقة بين المستفتى والمفتى فما لم يغلب على الظن أنه محل لهذه الثقة لا يحل له أن يأخذ بقوله فى أمور الدين ، وذلك كالمريض لا يأخذ إلا بنصيحة طبيب موثوق بعلمه وأمانته ، ومهما كان الطبيب مبرزاً فى علمه ولكن عرف عنه أنه غير أمين لا تطمئن إليه النفس ، وقد تطمئن الناس إلى الأمين وأن لم يكن مبرزاً فى علمه ، فإن أمانته تحمله على أن ينصح المريض باستشاره غيره إذا عجز عن تشخيص الداء أو معرفة الدواء .

ومثل ذلك يقال فى استشارة المحامى والمهندس والخبراء فى كل فن ، هذا والمجتهد الفاسق إن أداه اجتهاده المستكمل للشروط المتقدمة والشروط الأخري الآتية وجب عليه العمل بإجتهاده ، فمثلاً أداه اجتهاده إلى أن البيع قبل القبض فاسد لا يحل له يبيع شيئاً قبل القبض ، ولو فعل كان آثما .

وإن كان بعض العلماء يرون جواز ذلك مطلقاً وبعضهم يرون جواز ذلك فيما عدا الطعام ، وكما لا يجوز أن يفعل ذلك لا يجوز له أن يفتى الغير برأى غيره الذى لا يرتضيه ، ولو افترضنا مجتهداً رأى بعد بذل جهده أن طلاق المكره واقع ، فوقع منه طلاق فى حال الاكراه حرمت عليه زوجته ، وإن كان آخرون يرون عدم وقوعه .

وإن كان المجتهد فاسقاً كان اجتهاده مقصوراً عليه ولا يجوز لغيره أن يقلده ، وأما إن كان عدلاً فيجوز تقليده ، ولا يجب على أحد من العامة - وهم الذين لم يصلوا إلى درجة الاجتهاد - أن يقلدوا مجتهداً معيناً .

الشروط التى ترجع إلى الأحكام المجتهد فيها :

الأحكام التى يجوز الإجتهاد فيها - ويكون المخطىء فيها معذوراً وله أجر - هى الأحكام الشرعية الظنية أما الأحكام العقلية فالمخطىء فيها ليس بمعذور فضلاً عن أن يكون مأجوراً لأن الحق فيها واحد لا يتعدد ، إذ النقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان .

وأما إن كان الدليل شرعياً فقد عرفت أنه إما أن يكون دليلاً قطعياً أو ظنياً فأن كان الدليل قطعياً فى ثبوته ودلالته ، وكان من الأمور المعروفة من الدين بالضرورة بحيث لا يجهلها مسلم نشأ فى دار الإسلام كوجوب الصلاة والزكاة والصوم والحج وبر الوالدين وحرمة قتل النفس المعصومة والزنا والربا وشرب الخمر وعقوق الوالدين ، فأن الإجتهاد فيها غير جائز ، ومن رأى فيها رأياً غير ما عرف عن الشارع اعتبر كافراً ، وأما إن كان الدليل قطعياً ولكنه قد يخفى على عامة المسلمين كتحديد أنصبة الزكاة وأنصبة الورثة الثابتة بكتاب الله ، وحرمة المطلقة ثلاثاً حتى تنكح زوجاً غيره ، فإن قال المجتهد فيها برأى غير ما ورد به النص فلا نتعجل القول بكفره حتى نتبين أمره ، فإن كان قد اطلع على النص وله فيه شبهة أزلنا شبهته ، وإن لم يكن قد اطلع عليه أطلعناه عليه ، ثم إن تمسك برأيه بعد ذلك فهو معاند كافر ، فضلاً عن أن يكون مأجوراً ، إذ لو كان مجتهداً طالباً للحق لرجع إليه بعد إطلاعه عليه ، فإن من أوضح المبادىء المقررة فقهياً وقانونياً أنه لا إجتهاد مع النص القاطع ، وهناك أدلة غير قطعية ولكن حفت بها قرائن جعلتها قريباً من القطع واليقين كالأدلة على حرمة زواج ما فوق الأربع ، وكوجوب تعميم غسل الوجه واليدين في الوضوء إلا لضرورة كجرح مثلاً وكوجوب تعميم البدن فى الغسل من الجنابة وكحرمة البيوع التى من شأنها أن تفضى إلى النزاع ، فإن المجتهد إذا رأى فى مثل هذه المسائل رأياً مخالفاً لا نستطيع أن نحكم بكفره بأى حال من الأحوال ولكنه غير مأجور على إجتهاده هذا ، لأن رأيه إما أن يكون عن هوى فليس بإجتهاد ، وإما أن يكون قد قصر فى التماس الأدلة فهو تقصير ، ولا يبعد أن يقال بتأثيمه ووجوب تأديبه ، ولذلك رأينا أبا بكر رضى الله عنه حارب الذين امتنعوا عن أداء الزكاة إلى عماله بالرغم من أنهم كانوا متأولين فقد تمسكوا بظاهرة قوله تعالى ﴿ خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم ﴾ فقد ظن المانعون أن هذا النص خاص برسول الله ﷺ لأن صلاته ودعاءه للمتصدقين هى التى تورث السكينة دون صلاة ودعاء غيره ، وفاتهم أن الرسول الأكرم لم يكن يأخذ الزكاة لنفسه ولا لأهل بيته بل للفقراء والمساكين ومن عينهم الله فى كتابه ، وأن خليفة الرسول صلوات الله عليه يقوم مقامه فى هذا .

ورأينا عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها حينما سئلت لماذا تفض الحائض الصوم دون الصلاة أنكرت على السائلة وقالت لها : أحرورية أنت (والحرورية طائفة من الخوارة المغالين في الدين) وكذلك رأينا الصحابة رضوان الله عليهم أنكروا أشد الإنكار على الخائضين فى الآيات المتشابهات ومسائل القدر واعتبروه مبتدعاً فى الدين ، ولكن لم يعتبروا كل هذه الأمور كفراً لأنهم متأولون ولا كفر مع الاشتباه والتأويل ، ولكن لا يمكن أن يقال إنهم مجتهدون ، فإن أصابوا فلهم أجران وأن أخطأوا فلهم أجر لأن هذا اللون من الإجتهاد غالباً ما يكون عن هوى أو تقصير فى تمحيص الأدلة لتوفرها واستفاضتها بين علماء الأمة .

وأما أن كان الدليل ظنياً فى ثبوته أو فى دلالته فهو الذى يقبل فيه الإجتهاد ، والمجتهد إن أصاب الحق فله أجران وأن أخطأ فله أجر بعد أن يكون قد بذل جهده وطاقته .

ولا بأس أن يناظر المجتهد نظيره في الحجة والبرهان وأن يتمسك برأيه لا تعصباً وإنما استمساكاً بما ترجح عنده من الحجج والقرائن ، فقد كان الصحابه - وهم القدوة لنا - يختلفون فى المسائلة ويراجع بعضهم

بعضاً ، فتارة يرجع بعضهم إلى رأي مخالفة ، وتارة يتمسك كل منهم برأيه ، ولا يفسق بعضهم بعضاً ويصلي بعضهم خلف بعض مع اختلافهم في مسائل الطهارة والنجاسة وبعض شروط الصلاة الأخرى .

هل يجوز أن يتجزأ الإجتهاد : إن الشروط التي ذكرتها شروط للمجتهد المطلق ، وهو من عنده ملكة يستطيع أن يستنبط بها الأحكام الشرعية من مظانها في أي باب من أبواب الفقه وليس من الضروري أن يجيب عن كل ما يسأل عنه ، ولا تزال عنه صفة الإجتهاد المطلق بتوقفه في بعض المسائل ، فقد تواترت الأخبار عن الإمام مالك رضي الله عنه أنه سئل عن أربعين مسألة فأجاب عن أربع وقال في ست وثلاثين لا أدري ، وكثيراً ما توقف أبو حنيفة والشافعي بل إن كثيراً من الصحابة توقفوا في بعض المسائل ولم يزل عنهم وصف الإجتهاد المطلق كالطبيب قد يعجز عن تشخيص بعض الأمراض أو وصف بعض الأدوية ولكن يبقى له صفة كونه طبيباً ، ومثل ذلك كثيراً جداً .

بقى الجواب عن السؤال ، وهو أيجوز أن يكون الانسان مجتهداً في بعض المسائل مقلداً في البعض الآخر ، والجواب نعم ، فإن زيد بن ثابت الأنصاري رضي الله عنه كان معروفاً بتبحره في علم الميراث حتى سمي باسمه ، فقيل علم زيد ، ولا يكاد يعرف فتوى في غيره إلا قليلاً ، ولا يعيب العالم أن يتبحر في بعض أجزاء العلم ويقصر في بعضها وإنما الذي يعيب العالم أن يفتي بغير ما يعلم سواء كان عالماً بأنه لا يعلم أو لا يعلم بأنه لا يعلم ، وعلي هذا فإن أمر الإجتهاد يكون قد حُلت عقدة من عقده ، فإذا تخصص قوم في قسم العبادات وآخرون في الأحوال الشخصية وآخرون في المعاملات المالية وآخرون في الفقه الجنائي وغيرهم في العلاقات الدولية سهل عليهم الأمر ، وأمنوا الزلل والانحراف إلي حد كبير .

وهذا الاتجاه هو منطق العصر الذي يؤمن بالتخصص في كل شيء ، ففي الطب هناك طب العيون ، والجراحة والقلب والأعصاب ومثل ذلك في الصناعات فنجار أثاث ونجار عمارات وهكذا .

الأطوار التي مر بها الإجتهاد :

أولا : عهد الرسول صلى الله عليه وسلم :

اجتهاد المجتهدين يكون في ثلاث حالات :

١- تعيين المراد من النص الظني لأنه صالح لأكثر من معنى .

٢- ترجيح دليل على دليل عند التعارض .

٣- إلحاق مسكوت عنه بمنصوص عليه لوجود معنى مشترك بينهما وهو القياس لا جائز أن يكون المراد من النص الظني خافياً على رسول اللهﷺ لأن وظيفته البيان فكيف يخفي عليه ولا جائز أن يخفي عليه أقوى الدليلين لأنه إن تعارضا لا يمكن الجمع فيه بين الدليلين كان الثاني منهما ناسخاً للأول ، وهو أول من يعرف تاريخ النزول أو التشريع وإن كان يمكن الجمع بين الدليلين بشيء من الدقة فهذا لا يخفى عليه ، لأن هذا من وظيفته البيان .

فلم يبق إلا المقام الثالث وهو إلحاق مسكوت عنه بأصل من أصول التشريع .

أختلف العلماء في جواز إجتهاده ﷺ ، فمنهم من منع ذلك والذين قالوا بالجواز اختلفوا في وقوعه منه ﷺ ، والذين قالوا بالوقوع اختلفوا في جواز الخطأ عليه ، وحتى لا يتشعب البحث وندخل في متاهات من الجدل ، أقول ما هو المختار مؤيداً بالأدلة المختار عن المحققين من العلماء وهو ما يشهد له الدليل أن الإجتهاد من الرسول الأكرم جائز وواقع ، والخطأ - بمعنى عدم إصابته للحكم المراد لله - جائز وواقع ، ولكنه ينبه عليه فوراً وهذا لا يقدح في مقام النبوة

والرسالة بل هو فى ذلك قدوة للأمة أن تجتهد ، فإن أصابت فيها ونعمت وإن أخطأت بعد بذل الجهد والطاقة فقد أخطأ من هو خير منهم ، غاية الأمر أنه ينبه على خطئه حتى لا يكون شرعاً ثابتاً فى هذه المسألة بالذات .

ثم إن إجتهاده ﷺ فى مسائل الحرب وترتيب الجيوش أمر لا ينبغى أن يكون محل خلاف ، فقد تواترت الأخبار عنه أنه كان يعمل فى هذه الأمور باجتهاده ثم بين له بعض أصحابه أن السياسة تقتضى غير ما فعل وما رأى ، فيرجع عن رأيه ويفعل ما هو الأوفق ، ولا أدل على ذلك من غزوة بدر ، إذ قال له أحد الصحابة : أهذا منزل أنزلكه الله فيه ، فلا نحيد عنه أم هو الحرب والمكيدة والرأى ، فقال : بل هو الحرب والمكيدة والرأى ، فقال : هذا منزل غير صالح ، ثم أشار عليه أن ينزل منزلاً آخر أوفق من هذا المنزل ، فنزل النبى ﷺ على رأيه ونهض بالقوم إلي المنزل الذى أشار إليه الصحابى ، ومثل هذا كثير .

وكذلك ليس من موضوع بحثنا ذلك المسائل الدنيوية البحتة التى ترجع إلى تجاربه ﷺ كانسان ، ككون هذا الطعام أوفق من هذا الطعام أو هذا الدواء أنجع من هذا الدواء ، فإن هذه الأمور ليست دينية أصلاً وليست من وظيفته كنبى ورسول ، فقد صح عنه ﷺ أنه أشار على الأنصار أن يتركوا تأبير النخل ففعلوا فشاص ، فقال ، أنتم أعلم بأمور دنياكم منى والمقام إنما هو فى الأحكام الشرعية من حل وحرمة وصحة وفساد ولو في المسائل الدنيوية كبيع وإيجارة وهبة ونكاح وغير ذلك .

الدليل على وقوع الإجتهاد والخطأ منه ﷺ قصة أسرى بدر وحاصلها أنه ﷺ استشار أبا بكر رضى الله عنه فى شأنهم فقال ، يا رسول الله بنو العم والعشيرة أرى أن تأخذ منهم فدية تكون لنا قوة على الكفار فعسى الله أن يهديهم للإسلام .

فقال رسول الله ﷺ ما ترى بابن الخطاب ، فقال ، والله يا رسول الله ما أرى الذى رأى أبو بكر ولكننى أرى أن تمكننا فنضرب أعناقهم ، فتمكن عليا من عقيل فيضرب عنقه ، وتمكن من فلان نسيبا لعمر فأضرب عنقه ، فإن هؤلاء أئمة الكفر وصناديده .

فهوى رسول الله ﷺ ما قاله أبو بكر ولم يهو ما قاله عمر ، فلما كان الغد جاء عمر فوجد الرسول ﷺ وأبا بكر قاعدين يبكيان ، فقال ، يا رسول الله أخبرنى من أى شىء تبكى أنت وصاحبك ، فإن وجدت بكاء بكيت وأن لم أجد بكاء تباكيت لبكائكما ، فقرأ عليه قوله تعالى ﴿ ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة ، والله عزيز حكيم ، لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً واتقوا الله إن الله غفور رحيم ﴾ . وبهذه الآيات أحل الله الغنيمة لهم وكذا الفدية .

وكل ما قيل رداً على الاستدلال بهذه الآية تعسف لأن هذا العتاب الشديد لا يكون إلا عن خطأ منه صلوات الله عليه ، ولكن سبق قضاء الله تعالى ألا يعذب مجتهداً بذل جهده وطاقته ولم يحكم هواه وشهوته ، وهذا معنى قوله تعالى : ﴿ لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم ﴾ .

فإن قيل أن هذه القضية من مسائل الحرب ، وقد قلت إن مسائل الحرب لا تدخل في البحث ، والجواب أن هذا إجتهاد في الحرام والحلال لأن موضوع اجتهاده ﷺ أخذ الفدية وترك القتل ، حلال أم حرام وهذا من صلب التشريع .

ومن إجتهاده ﷺ الذى عوتب عليه إذنه للمتخلفين فى غزوة تبوك فى التخلف عنها : « عفا الله عنك لِمَ أذنت لهم حتي يتبن لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » وهذا أيضا من صلب التشريع إذ المقام أبجل للإمام أن يفتح باب الاعتذار عن الحرب للمترددين وضعاف العزائم أم لا .

ومن ذلك عتابه ﷺ فى شأن عبد الله بن أم كلثوم الأعمى الذى جاء إلى الرسول صلوات الله عليه ليتذكر أمور دينه وكانت صناديد قريش معه ﷺ يدعوهم إلى الإسلام ، فأعرض وتولى عنه ثقة بإيمانه ، وأقبل على هؤلاء الرؤساء رجاء أن يؤمنوا فيؤمن بإيمانهم خلق كثير ، فنزل قوله تعالى : ﴿ عبس وتولى أن جاءه الأعمى وما يدريك لعله يزكى أو يذكر فتنفعه الذكرى ﴾ .

وهذا أيضاً من أمور الدين ، فإن هذا درس للدعاة المرشدين ألا يعرضوا عن أتباعهم المخلصين ويقبلوا بالموعظة على من لا ترجي هدايتهم .

فهذه كلها إجتهادات منه ﷺ لم يقره الله عليها ، بل كانت محل عتاب من ربه ، وورود هذه الآيات والقصص فى القرآن الكريم دليل قاطع على أن هذا الكتاب من عند الله وأن الرسول الأكرم بلغه كما أنزل ، لم يكتم منه شيئاً ، ولو كان من عند محمد - كما يزعم الحاقدون - لستر مثل هذه الأحداث ولم ينشرها لتكون قرآنا يتلى فى كل وقت وحين ، وصدق الله العظيم إذ يقول : ﴿ ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين فما منكم من أحد عنه حاجزين ﴾ . ﴿ يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وان لم تفعل فما بلغت رسالته ﴾ .

ومن الإجتهاد الذى لم يعاتب عليه وان كان ما شرع بعد غير ما أفتى ، قصة الظهار ، وحاصلها أن خولة بنت ثعلبة كانت زوجة لابن عم لها وهو أوس بن الصامت وكان شيخاً فيه شيء من سرعة الغضب فطلب منها أمراً فلم تستجب له ، فقال لها أنت علي كظهر أمى ، وكان الظهار فى الجاهلية يعتبر تحريماً مؤبداً ، فأتت خولة رسول الله تسأل ، فقال لم ينزل علي فيك شيء وما أعلمك أو ما أراك إلا قد حرمت عليه تحكيماً للعرف عند عدم النص ، وهذا من أصول التشريع ، فقالت يا رسول الله إن لى منه صبية إن ضممتهم إلى جاعوا (لعجزى عن الانفاق عليهم) وإن ضممتهم إليه ضاعوا (لأنهم لن يجدوا من يقوم بخدمتهم) إلى كلام كثير ، كل هذا والرسول عليه الصلاة والسلام يقول ما أراك إلا وقد حُرمت عليه ، وأخذت تجادل النبى ﷺ ، ثم نزل عليه الوحى بأوائل سورة المجادلة ﴿ قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير ﴾ .

إلى آخر آيات الظهار ، فنزل تشريع جديد غير ما كانوا عليه فى الجاهلية .

فهل يعتبر هذا نسخاً أم تشريعاً مستأنفاً ، هذا لا يعننا ، ولكن الذى يعنين هو إثبات أنه كان ﷺ يجتهد إذا لم يكن هناك نص وكان تارة يقر على هذا الاجتهاد فيكون تشريعاً عاماً وتارة لا يقر فيصبح غير ذى موضوع ، وقد استند القائلون بعدم جواز إجتهاده ﷺ بقوله تعالى : ﴿ وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى علمه شديد القوى ﴾ .

ووجه استدلالهم أن الإجتهاد ليس وحياً بدليل وقوع الخطأ فيه ، ولا خطأ مع الوحى ، والجواب أن هذه الآيات وردت فى شأن القرآن ، فإن الضمير فى قوله ﴿ أن هو إلا وحى يوحى ﴾ عائد على القرآن ولئن سلمنا أن هذا عام فى كل ما *ينطق به الرسول فإن إجتهاده* ﷺ لم يكن نطقاً عن هوى بل هو امتثال للوحى لأنه مأمور به إذا لم يكن هناك نص ، وهل إجتهاده ﷺ إلا من قبيل بيان حكم الله فيما ينزل بالناس من أحداث .

ولذلك يتبين لنا ثلاثة أمور :

الأمر الأول : أنه ﷺ ما كان يجتهد مع النص مهما وجدت مصلحة موهومة فى مخالفته ، ولا أدل على ذلك من سبب نزول آيات اللعان ، فقد صح أنه لما نزل قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ﴾ .

قال سعد بن عبادة وهو سيد الأنصار رضى الله عنه ، أهكذا أنزلت يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ ، يا معشر الأنصار ألا تسمعون ما يقول سيدكم ، فقالوا يا رسول الله لا تلمه ، فإنه رجل غيور ، والله ما تزوج امرأة قط إلا بكرا ، ولا طلق امرأة قط فجرؤ أحد منا أن يتزوجها من شدة غيرته ، فقال سعد ، والله يا رسول الله إنى لأعلم أنها الحق ، وأنها من الله ولكن قد تعجبت أنى لو وجدت لكاعا (امرأة سيئة الخلق) قد تفخذها رجل لم يكن لى أن أهيجه ولا أحركه حتى آتى بأربعة شهداء ، فوالله انى لا آتى بهم حتى يقضى حاجته ، قال فما لبثوا إلا يسيرا حتى جاء هلال بن أمية وهو من الثلاثة الذين تيب عليهم ، فجاء من أرضه عشاة فوجد عند أهله رجلاً وقد سمى فى بعض الروايات أنه شريك بن سحماء فرأى بعينيه وسمع بأذنيه ، فلم يهجه حتى أصبح فغدا على رسول الله ﷺ فقال : إنى جئت أهلى عشاء فوجدت عندها رجلاً فرأيت بعينى وسمعت بأذنى ، فكره رسول الله ﷺ ما جاء به ، وصح أنه قال له : البينة أوحد فى ظهرك ، وكررها عليه فقال هلال والذى بعثك بالحق إنى لصادق ولينزلن ما يبرأ به ظهرى من الحد ، فنزل جبريل وأنزل عليه آيات اللعان وهى قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾ .

فلاعن النبى ﷺ بينهما ثم فرق بينهما ، فها أنت ترى أنه ﷺ لم يجتهد فى هذه المسألة ، وإنما شرع فى تطبيق آيات القذف الأولى بالرغم مما أثاره سعد بن عباده من اعتراض له وجاهته .

وآيات اللعان تعتبر نسخا جزئياً لآية القذف أو تخصيصاً لعمومها على خلاف فى ذلك بين الأصوليين .

الأمر الثانى : أن إجتهاده ﷺ كان مبنياً على رعاية المصلحة كمسألة الأسرى ، ومسألة الأعمى ، ومسألة المنافقين أو كان مبنياً على تطبيق العرف الجارى كمسألة الظهار .

الأمر الثالث : أنه ﷺ ما كان يقر على خطأ مهما كان يسيراً ، فإن علو مقامه يتطلب أسمى المراتب وأعلاها .

ثانيا : إجتهاد الصحابة فى حضرته صلى الله عليه وسلم :

والحق فى هذه المسألة أن ذلك جائز بل واقع بعد إذنه ﷺ بدليل قصة سعد بن معاذ رضى الله عنه حينما حكمه رسول الله ﷺ فى بنى قريظة فقضى فيهم بحكمه المشهور وهو قتل مقاتليهم وسبى نسائهم وذراريهم جزاء خيانتهم وغدرهم للمسلمين فى وقت الشدة ، فقال رسول الله ﷺ : لقد حكمت بحكم الله .

وأما الإجتهاد فى حضرته بدون إذنه فالحق أن هذا غير جائز لأنه افتئات عليه ورجم بالظن مع إمكان اليقين ، ولأنهم رضوان الله عليهم كانوا أكثر الناس إجلالاً له وتوقيراً .

ثالثا : إجتهاد الصحابة بعيدين عنه صلى الله عليه وسلم :

والحق أن ذلك جائز وواقع كثيراً ، فقد كان يرسل الأمراء والقضاة وتعرض عليهم قضايا الناس فإن وجدوا فيها نصاً أفتوا به وإلا اجتهدوا ثم يرجعون إليه فإن أقرهم كان شرعاً مقرراً وإلا بين لهم وجهة خطئهم من غير أن يؤاخذهم على شىء فعلوه إجتهاداً ، اللهم إلا إذا كان خطأ فاحشاً فمن إجتهادهم الذى أقرهم عليه ما يأتى :

أولا : أنه بعد أن انصرف المشركون إلى بلادهم فى غزوة الخندق ، نادى منادى رسول الله ﷺ ألا يصلينَّ أحد العصر إلا فى بنى قريظة ، فمنهم من رأى أن المراد

السرعة لا تأخير العصر ، ومنهم من رأى حرمة الصلاة إلا هناك فلم يصلها إلا بعد العشاء الأخير ، ولم ينكر النبى ﷺ على هؤلاء أو أولئك .

ثانيا: ما ثبت فى الصحيح أن سرية من سراياه ﷺ كانت تغزو قريباً من البحر فجزر البحر عن حوت عظيم ، ومات ، وقالوا نحن رسل رسول الله ﷺ وقد ساق الله إلينا هذا الرزق ، فأكلوا منه ، فلما رجعوا إلى رسول الله ﷺ حدثوه ، فقال أمعكم منه شيء ، فقالوا نعم فأخذه وأكل منه وأخبرهم أن ميتة البحر حل لهم .

ثالثا: لما أرسل الرسول ﷺ معاذاً والياً على اليمن قال له بم تقضى ، فقال بكتاب الله : فإن لم تجد ، قال فبسنة رسول الله ، فقال : فإن لم تجد ، فقال أجتهد رأيى ولا ألو (أى لا أقصر) فضرب رسول الله ﷺ صدره (إعجاباً) وقال الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضاه رسول الله .

ومن الإجتهاد الذى رده النبى ﷺ لوضوح بطلانه ما يأتي:

أولا: أن قوما من المسلمين لقوا رجلاً ، فألقى عليهم السلام ، فظنوا أنه انما فعل ذلك تقية ونفاقاً ، فقتلوه واستاقوا ما معه من غنم ، فلم يقبل منهم هذا الإجتهاد ، ودفع رسول الله الفدية لأهله ، ولم يقتلهم لأنهم كانوا متأولين ، ولا قصاص مع الشبهة .

ثانيا: ما روى أن رسول الله ﷺ أرسل سرية ، فأمر قائدها الجند أن يوقدوا ناراً ثم أمرهم أن يقتحموها ، فأبوا عليه ذلك ، فقال لهم ألم يأمركم رسول الله أن تطيعونى فأبوا عليه ذلك فلما رجعوا وأخبروه الخبر قال لهم لو اقتحمتونها لبقيتم بها إلي يوم القيامة ، وأنكر على القائد تصرفه هذا ، وهذا لوضوح أنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق .

وأياً ما كان ، فقد كانوا يراجعونه ﷺ فى إجتهادهم إذا رجعوا إليه فإن أقرهم كان تشريعاً عاماً ، وإلا أصبح غير ذى موضوع .

رابعا: الإجتهاد فى عصر الصحابة :

كان من أثر الفتوح الإسلامية وإختلاط العرب بغيرهم من الأمم أن وجدت أحداث ومشكلات لم تكن فى عهد الرسول الأكرم ، وهذه المشاكل تتطلب حلولاً ، ولابد أن تكون هذه الحلول فى إطار هذا الدين الذى به عزهم وفيه قاتلوا وقتلوا .

وبالرغم من أن الكثرة الكثيرة من الصحابة كانوا عرباً خلصا ، يفهمون ماخوطبوا به من كتاب الله وماخاطبهم به رسول الله ﷺ إلا أن حظهم فى استنباط الأحكام الشرعية من مظانها لم يكن متساويا لتفاوت عقولهم وإطلاع بعضهم دون البعض على أسباب التنزيل وأسرار التأويل ، ولهذا لم يكن كل الصحابة مجتهدين بل أقصى عدد عرف عنهم الفتيا - كما يقول ابن القيم فى أعلام الموقعين - نيف وثلاثون ومائة ، المكثرون منهم سبعة فقط وهم عمر بن الخطاب ، وعلى بن أبى طالب ، وعبد الله بن مسعود ، وعائشة أم المؤمنين ، وزيد بن ثابت ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم .

ومنهم المتوسطون فى الفتيا وعد منهم أبو بكر رضى الله عنه ، ولعل قلة فتواه عن غيره لقصر عمره بعد رسول الله وعدم تزاحم المشكلات العويصة فى عهده واشتغاله بتثبيت الدولة بعد أن تزلزلت أركانها بوفاة الرسول ﷺ ، ومنهم عثمان بن عفان وأبو موسى الأشعرى وأبو سعيد الخضرى ، وأنس بن مالك خادم رسول الله ﷺ وأبو هريرة مع أن الأخيرين كانا مكثرين فى الرواية ، ومنهم عبد الله بن عمرو بن العاص وعبد الله بن الزبير ومن النساء أم المؤمنين السيدة أم سلمة رضى الله عنهم جميعاً .

ويقول ابن القيم أن كل واحد من هؤلاء يمكن أن يجمع من فتاويه جزء صغير ومنهم من لم ينقل عنه إلا المسألة أو المسألتان أو أكثر من ذلك قليلا .

وهذا يدلنا على أن الأمة كلها ليست مكلفة بالاجتهاد بل مكلفة بأن يكون منهم من يرجع إليه

لمعرفة أحكام الدين فيما جد ويجد من الأحداث والنوازل ولو كانت الأمة كلها ملزمة بالاجتهاد للزم على ذلك الحرج فليس كل انسان أهلا للاجتهاد ولو اشتغلت الأمة كلها بالاجتهاد لتعطلت المصالح ، والاسلام إنما جاء لينظم الحياة على أسس كريمة لا يطغى فيها الفرد على الجماعة ولا الجماعة على الفرد .

الأسس التي بنى عليها الصحابة اجتهادهم

مما يجب أن يعلم أن التشريع الاسلامي في كل العصور له مصادره الخاصة ، ففي عهد الرسول ﷺ كان مصدره الكتاب والسنة ثم الاجتهاد ، فإن لم ينبه إلى خطئه كان ملتحقا بهما وإلا أصبح غير ذي موضوع .

وفي عهد الصحابة كان مرجعهم أيضاً الكتاب والسنة والرأي إلا أنه جد دليل رابع وهو الإجماع ، فقد تكون مسألة دليلها ظني في حد ذاته ولكن إجتمعت آراء المجتهدين فيها على رأي واحد إرتضته الأمة ولم يقع فيه نزاع فتصبح هذه المسألة قضية لا يجوز الخلاف فيها ، ومهما قيل في التشكيك في الإجماع فإنه قد وقع فعلاً في مسائل عدة يعرفها الممارسون للفقه الاسلامي ومنها حرمة زواج المسلمة بالكتابي مع أن القرآن الكريم لم ينص صراحة إلا على تحريم زواجها من المشرك ونص على التحريم ضمناً في سورة الممتحنة ومنها توريث الجد والجدة عند فقد الأب والأم ، ومنها حرمة موطوءة الأب بملك اليمين مع أن النص يمكن أن يحمل على المنكوحة بعقد الزواج إلى كثير من المسائل وأقل ما يقال في مخالفة الإجماع - أنه تفريق لكلمة الأمة وخروج على الجماعة ومن خرج على الجماعة قيد شبر فقد مات ميتة جاهلية .

واجتهاد الصحابة كان في معرفة المراد من النص وترجيح بعض الأدلة على بعض عند التعارض ، كما كان في تحقيق مناط الحكم في الحوادث أو بعبارة أوضح في تطبيق النص على الحادثة وكانوا يتفاوتون في ذلك تفاوتاً كبيراً ، ولأضرب في ذلك مثلاً بموقف عمر رضي الله عنه من المؤلفة قلوبهم ، فإنه لم يعطل النص كما يقول بعض من لا فقه عنده بل كان يرى أن مناط الحكم وهو التأليف لم يكن موجوداً في عهده وذلك لأن الدولة التي كانت تضرب كسرى وقيصر ليست في حاجة إلى تأليف أمثال الأقرع بن حابس والعباس بن مرداس والزبرقان بن بدر وأضربهما .

كما كانوا يختلفون في بعض أقوال وأفعال النبي ﷺ أكانت صادرة منه بوصفه رسولاً فتكون ملزمة للأمة أم بوصفه إماماً فتكون من السياسة الشرعية التي تتغير بتغير الأزمان ، وذلك كاختلافهم في سلب القتيل ، أيجب شرعاً أن يكون للقاتل ، فلا يحل للإمام أن يحرمه منه أم أنه صدر عن الرسول بوصفه إماماً فيكون من حق الإمام أن يقضي في الأسلوب بما يرى أنه أوفق لمصالح الأمة .

وأما اجتهادهم بالرأي فيما لا نص ولا اجماع فيه ، فكان الأصل الذي يلتزمونه أن يقيسوا الأشباه بالأشباه والنظائر بالنظائر كما ورد في عهد عمر لأبي موسى الأشعري ، ثم إذا تعددت الأشباه والنظائر أخذوا بما هو أوفق لروح التشريع وقواعد الشريعة العامة وأقرب الى تحقيق العدل .

ومن قال أن الصحابة رجحوا القول بالمصلحة على النص فقد افترى إثماً عظيماً ، وكل ما نقل عنهم - مما ظاهره ذلك - راجع إما الى نص أو قاعدة من قواعد التشريع العامة مأخوذة من نص ، كسد الذرائع ودفع أقوى الضررين الى غير ذلك من القواعد ، ولولا الإطالة والإطناب لتتبعت هذه المسائل وتبينت سندها من الكتاب أو السنة أو الرأي والقياس الصحيح .

وكيف يجرؤ صحابي بل مسلم أن يقدم ما تخيله من مصلحة على نص قاطع في كتاب أو سنة ثابتة عن رسول الله ﷺ وهو يتلو قوله تعالى : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾ .

ومما ينبغى أن يقال فى هذا المقام أن الصحابة لم يتأثروا فى اجتهادهم بفقه غيرهم من الأمم ، فلم يأخذوا شيئا من فقه الرومان أو فارس ، فإن الذين عرفوا بالفتوى عن الصحابة لم يعرف عنهم أنهم خرجوا من الجزيرة العربية .

وعلى بن أبى طالب وقد عاش فى أواخر حياته فى العراق - وهو موطن الفرس - لم يكن له من وقته مايسمح له أن يجلس الى قانونى يأخذ عنه قانون الفرس ، بل كان مشغولا بالحرب وإطفاء الفتن التى شبت هنا وهناك .

وابن مسعود ، وإن كان قد عاش فى الكوفة إلا أنها يومئذ كانت ثغراً عربياً لجيوش العرب الموكول إليها حراسة جناح الدولة الشرقى ، ولم يعرف للفرس مدرسة حقوق حتى يلتحق بها ابن مسعود وأمثاله .

نعم إن المسلمين الأولين عالجوا المشكلات التى صادفتهم فى البلاد المفتوحة ولكن بروح الإسلام وتعاليمه وإذا كانت هناك أمور ترك فيها الناس لعاداتهم فلأنه ليس فيها نص والعمل بالعرف مبدأ إسلامى لا مبدأ مستجلب من هنا أو هناك .

وإذا كان القليل من أصحاب رسول الله ﷺ هم المفتين المجتهدين فإن الذين حفظت فتواهم ونقلت إلينا جيلا عن جيل أقل من القليل ، ففقه عمر كان ابن مسعود أحرص الناس على نقله ثم نقله عن أتباعه ، وكان ابن مسعود لا يعدل برأى عمر رأيا ، وفقه على مع كثرته لا يعتمد منه إلا ما نقله عنه الثثات من آل بيته ومنهم بن عباس ، وفقه عائشة تخصص فى النقل عنها القاسم بن محمد بن أبى بكر وهو ابن أخيها ، وعروة بن الزبير وهو ابن أختها أسماء .

ويقول ابن القيم فى أعلام الموقعين « الدين والفقه انتشر فى الأمة عن أصحاب ابن مسعود ، وأصحاب زيد بن ثابت ، وأصحاب عبد الله بن عمر ، وأصحاب عبد الله بن عباس ، فعلم الناس عامتهم عن أصحاب هؤلاء الأربعة ، فأما أهل المدينة فعلمهم عن أصحاب زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر ، وأما أهل مكة فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن عباس ، وأما أهل العراق فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن مسعود » .

ثم يقول فى مقام آخر عن ابن وهب ، أنه قال : حدثنى موسى بن على النخمى عن أبيه أن عمر بن الخطاب ، خطب الناس بالجابية ، فقال : « من أراد أن يسأل عن الفرائض فليأت زيد بن ثابت ، ومن أراد أن يسأل عن الفقه فليأت معاذ بن جبل ، ومن أراد المال فليأتنى » .

هذا ، ومما ينبغى أن يعلم أن قواعد الاجتهاد فى هذا العصر لم تكن قواعد مكتوبة ، ولكنها معروفة عندهم ، تساعدهم عليها ملكاتهم السليمة وقرب عهدهم بالرسول ومعرفة بعضهم بعضاً فى ضبط الرواية ، وسلامة لسانهم من اللحن ، فلم يكونوا فى حاجة الى إفناء العمر فى تعلم اللغة ومعرفة أسرار التنزيل ، ولا فى معرفة الرجال ومعرفة عدالتهم أو تجريحهم ، ولم يكن وضع الحديث معروفا بينهم ، ولذلك هانت المئونة عليهم وقربت الشقة .

الإجتهاد فى عصر التابعين

فى هذا العصر استقرت الفتوحات الإسلامية فى كثير من البلدان ، وجدت نوازل كثيرة ، ووجدت فى الأعصار الإسلامية المشهورة مدارس للفقه لكل منها طابعها الخاص ، وكثر عدد المشتغلين بالفقه لحاجة الأمة إلى ذلك ، ولمعت أسماء كثيرة اجتذبت شهرتهم الناس فسعوا إليهم من كل فج عميق يلتمسون الفقه فى الدين .

وكانت طريقتهم فى استتنباط الأحكام هى طريقة الصحابة وإن كانت مئونة الإجتهاد بالنسبة إليهم أشق قليلا عنها فى عهد الصحابة ، ولكن الصحابة قد مهدوا لهم الطريق وفتحوا لهم أبواباً من الفهم ربما شقت عليهم .

ويلاحظ كذلك أن فقهاء التابعين كان كل منهم متأثراً بالصحابى الذى أخذ عنه ، وهذا بدهى ، فإن التلميذ كثيراً مايتأثر بأستاذه مهما كان له من قوة الشخصية ، ففقهاء المدينة كانوا متأثرين بفقه عمر وابنه وعائشة وأشهرهم على الإطلاق سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد بن أبى بكر وهناك كثيرون غيرهم .

وفقهاء مكة كانوا متأثرين بابن عباس ، وأشهرهم عطاء بن رباح ، وطاوس ابن كيسان ، وعكرمة مولى ابن عباس ، وهناك كثير غيرهم ممن أخذ عنه .

وفقهاء الكوفة تأثروا بابن مسعود وأشهرهم علقمة وابراهيم النخعى وعمه الأسود بن يزيد وشريح القاضى وكثيرون .

وأما البصرة فإمامها فى هذا العهد الحسن البصرى وقد قيل أنه أدرك خمسمائة من الصحابة ، وقد جمع بعض العلماء فتاويه فى سبعة أسفار ضخمة ضاعت فيما ضاع من التراث الإسلامى ، إذ الظاهر من سيرة هذا الأمام أنه أخذ عن كثير من الصحابة ولم يتخصص على أستاذ واحد ، فتكونت له ملكة خاصة .

وكان من المفتين فى الشام أبو مسلم الخولانى وعبد الرحمن بن غنم الأشعرى - وهما يمنيان - فلابد أن يكونا قد تأثرا بفقه معاذ بن جبل الذى أرسله رسول الله الى اليمن ، وانتهت رئاسة الفقهاء فى الشام الى الإمام الأوزاعى حتى قيل عنه إنه إمام أهل الشام ، ولا ننس عمر بن عبد العزيز وآراءه فلها قيمتها ، وقد تأثر بفقهاء مصر والمدينة لأنه تولى فيها الإمامة ، وأما مصر فكان فيها فى أول عهد التابعين يزيد بن حبيب وبكير بن عبد الله ابن الأشبح ثم من بعدهما عمرو بن الحارث ثم انتهت رئاسة الفقهاء فيها فى أواخر عهد التابعين الى الليث بن سعد فقيه أهل مصر .

ولابد وأن يكون فقهاء مصر قد تأثروا بمذهب عبد الله بن عمرو بن العاص الى حد كبير لأنه عاش بينهم ، وكان ممن اشتهروا بالزهد والورع وهو وإن كان من فقهاء الصحابة المتوسطين فى الفتيا لتحرجه الشديد فى القول فى الدين .

ومما ينبغى أن يعلم أن شيئاً من هذه الفتاوى لم يدون فى هذا العصر بل كان حل اعتمادهم على المشافعة والرواية والحفظ وذلك لأنهم كانوا يتحرجون من تدوين شىء من ذلك حتى أحاديث الرسول ﷺ خشية أن يختلط الأمر على الناس فيخلطون بين القرآن والسنة وفتاوى الصحابة اللهم إلا مانقل من أن أبا بكر بن محمد بن عمر بن حزم من فقهاء المدينة كانت عنده صحيفة توارثها عن أبيه عن جده فيها أنصبة الزكاة وبعض المسائل .

وأول مابدىء فى تدوين ما سوى القرآن كان فى عهد الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز فى آخر القرن الأول ومطلع القرن الثانى ، فقد سمح للعلماء أن يدونوا علومهم بعد أن استقر الأمر وكثر حفاظ القرآن وانتشروا فى الآفاق واطمأنت القلوب بأنه لن يكون هناك تحريف فى القرآن .

وكان أول الأمر أنهم دونوا الأحاديث مختلطة بفتاوى الصحابة والتابعين معتمدين على الرواية ، والعهد بعد قريب ، ولم تكن الأحاديث مبوبة ، بل كانت تدون كيفما اتفق خشية أن تنسى مع الزمن ، وكانت طريقتهم أيضاً ، التلقى والرواية ولكن يسمح للراوى أن يكتب ما سمع ، وهذه صورة مجملة لما كان عليه الفقه والإجتهاد فى عهد التابعين .

أصحاب المذاهب المعروفة

كان القرن الهجرى العصر الذهبى للفقه الاسلامى ، فقد سمح للعلماء أن يدونوا علومهم ، وكثر عدد المشتغلين بالفقه فى كل الأعصار الإسلامية ، وأصبحت هناك مدارس متميزة لكل طابعها الخاص ، فمدرسة الحجاز وتمتاز بالعكوف على الآثار ، ولا تكاد تجاوز المأثور المتوارث ، ومدرسة العراق وتمتاز بالميل الى

الرأى ، وفى منتصف هذا القرن أنشئت بغداد وأصبحت مثابة للعلماء من كل لون واختلطت فيها الثقافات وشجع الخلفاء العلماء ولاسيما الفقهاء .

وفى هذا العصر كثرت المصطلحات الفقهية التى لم تكن معروفة من قبل كلفظ الشرط ، والركن ، والمندوب ، والمباح ، والرخصة ، والعزيمة ، والعام ، والخاص ، والمطلق ، والمقيد ، والمجمل ، والمبين ، والظاهر ، والخفى ، والمشكل الى أمثال ذلك من المصطلحات والتى استحدثت تيسيرا على المتعلمين وتمييزا لأنواع العبارات والمعاملات وأنواع الخطاب بعضها عن بعض .

وليس معنى هذا أن مدلول هذه الألفاظ لم يكن معروفاً من قبل ، كلا بل كانت معروفة لهم ولكن المستحدث هو إطلاق هذه الأسماء وتحديد معانيها .

ثم إن سند الحديث طال ، والرواة بين المحدث والرسول ﷺ لا يقلون عن ثلاثة فى أى حال من الأحوال واستكثر أناس من الرواية ، ومنهم العدل الثقة الضابط ومنهم المتهم والمدلس ، بل منهم الكذاب ، وكان لابد من معرفة الرواة حتى يقبل حديث العدول الثقات دون المدلسين والوضاع ، فكثرت المصطلحات عند المحدثين ، فهناك الحديث المتواتر ، والمستفيض ، والمشهور ، والصحيح ، والحسن ، والضعيف ، والمتصل ، والمنفصل ، والمرسل ، والموقوف ، والمرفوع ، والواهى والموضوع إلى غير ذلك مما هو معلوم عند أهل الحديث .

وفى هذا العصر كثر اللحن فى اللغة ، فبعد أن كانت اللغة ملكة أصبحت صناعة فطلب معرفة النحو والصرف من اللغة وعلوم البلاغة .

أمام كل هذه المشكلات أصبح الفقه يتطلب العلم بعلوم لم يكن المتقدمون فى حاجة إليها لأنها كانت عندهم ميسرة ، ودعت الحاجة الى وضع قواعد يلتزمها المجتهدون حتى لا يكون الأمر فوضى ، وهذه القواعد مستنبطة من أساليب المتقدمين التى التزموها وإن لم تكن مدونة ، هذه القواعد هى علم أصول الفقه .

وقد اختلف المؤرخون فى أول من سلك هذا السبيل وألف فى هذا العلم ، فابن النديم فى فهرسه يقول : إن أبا يوسف صاحب أبى حنيفة هو أول من ألف فى هذا العلم ، والشيعة الإمامية يقولون إن أول من ألف فى هذا العلم هو هشام بن الحكم تلميذ الإمام الباقر ، فقد ألف رسالة فى مباحث الألفاظ ، وهى من أهم مباحث هذا العلم ، والمشهور عند العلماء أن أول من ألف فى هذا العلم هو الإمام الشافعى رضى الله عنه ، فإن له رسالة فى هذا العلم وضعها كمقدمة لكتابه الأم بين فيها منهجه فى الإجتهاد فبين فيها العام والخاص والمطلق والمقيد والناسخ والمنسوخ وأحكام كل ذلك .

وأياً ما كان فإننا إلى اليوم لم نعثر على مؤلف فى الأصول أقدم من رسالة الشافعى ، ولا شك أن ذلك كان ثمرة العلوم العربية والشرعية المعروفة فى عصره ، واستطاع بما عرف عنه من ذكاء خارق أن يجمع شتاتها ويؤلف بين متفرقاتها ، فكان أول رائد معروف لنا فى هذا المضمار .

هناك قواعد مسلمة عند جميع الأئمة لم يشذ عنها أحد ، كتقدم الكتاب على السنة ، والسنة الصحيحة على القياس ، وأنه لا اجتهاد مع النص القاطع ولا مع الإجماع المتواتر ، وأن التخصيص لابد له من دليل شرعى .

كما اختلفوا فى بعض القواعد الأصولية ككون دلالة العام قطعية أم ظنية ، والاستثناء بعد جمل متعاطفة أيرجع إلى الكل أم إلى الأخير .

ومع إتفاقهم على كثير من القواعد اختلفوا فى التطبيق ، كما هو مبسوط فى كتب الأصول والفروع .

وكثرت المناظرات بين الفقهاء وأدلى كل منهم برأيه ودليله ، وفى كتاب الأم للشافعى الكثير من تلك المناظرات .

ولم يكن أحد من هؤلاء الأئمة متعصباً لرأيه ، بل كان على استعداد أن يرجع عنه إن تبين له خطؤه وصحة رأى خصمه .

ولا أدل على ذلك من موقف الامام مالك حينما جمع موطأه ، وأراد الخليفة يومئذ أن يجمع الناس عليه بعد كتاب الله ، وهذا شرف تطمح إليه النفوس ، ولكنه أبى وقال إن هذا العلم حمله العدول وتفرقوا فى الأمصار وأن هذا هو ما وصل إلي ، وليس هو كل ما صح عن الرسول ﷺ وقال له لا تضيق على الناس أمراً وسعه الله عليهم .

إن هذا العصر كان مليئاً بالأئمة المجتهدين الذين لا يقلون فى قوة حجتهم وبعد نظرهم عن الأئمة الأربعة المشهورين ، ولكن لم يجدوا من يعنى بنشر مذاهبهم .

ونذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر ابن أبى ليلى وابن شبرمة وكانا معاصرين لأبى حنيفة ولهم به لقيا وله معهما مناظرات منقولة فى كتب الفقه .

وهناك الأوزاعى إمام أهل الشام بلا منازع وكان مذهبه شائعاً فى شمال إفريقيا ، وفى الأندلس ثم زاحمه مذهب مالك فى شمال إفريقيا والأندلس ، ومذهب الشافعى وأحمد فى الشام ، وممن عرفوا فى هذا العصر الليث بن سعد إمام أهل مصر من غير مدافع ، ولولا أن أصحابه ضيعوه لكان من أصحاب المذاهب المشهورة ، ومنهم أبو تور وهو معاصر للشافعى وأخذ عنه ثم كان له مذهبه الخاص .

هذا إلى فقهاء أهل البيت وأشهرهم جعفر الصادق وإليه ينسب الجعفرية الإثنا عشرية ، وزيد بن على وإليه ينسب الزيدية ومذهبها ، ولازالا منتشرين فى بعض البلاد الإسلامية ، وتتميز مذاهب أهل البيت بعدم الأخذ بالقياس ، والإعتماد فى الأحاديث على طائفة خاصة من الصحابة على اختلاف فيما بينهم فى بعض التفصيلات .

عصر مجتهدى المذاهب

ما إن انتهى القرن الثانى الهجرى حتى تقررت أصول الإجتهاد وتميزت مصطلحات الفقهاء واشتغل تلاميذ كل إمام بنشر مذهبه والتفريع على قواعده وقد يختلف التلميذ مع أستاذه فى التطبيق وإن كان متفقاً معه فى القاعدة وذلك كتلاميذ أبى حنيفة وهم أبو يوسف القاضى صاحب كتاب الخراج ومحمد بن الحسن الشيبانى الذى جمع مذهب أبى حنيفة فى كتب ظاهر الرواية المجموعة فى كتاب المبسوط للسرخس وزفر بن الهذيل والحسن بن زياد .

وكأصحاب مالك كعبد الله بن وهب ، وعثمان بن كنانة ، وأشهب ، وابن القاسم ، وكانوا لا يخالفونه إلا فى القليل النادر .

وأصحاب الشافعى كالمزنى ، والبويطى ، وابن عبد الحكم وكانوا أول أمرهم يقلدون مالكاً ثم التزموا تقليد الشافعى ولم يخرجوا على رأيه إلا قليلا .

ومن أشهر من أخذ عن الإمام أحمد ابنه عبد الله وابنه حنبل وكثير من المحدثين .

وتميز هذا العصر بتأليف الموسوعات فى الفقه فى كل مذهب من هذه المذاهب كالمدونة للأمام مالك ، والخراج لأبى يوسف ، وكتب ظاهر الرواية والنوادر ، والجامع الكبير والجامع الصغير والسير للإمام محمد والمختصر فى فقه الشافعى للمزنى والجامع الكبير ، للخلال يقع فى أكثر من عشرين سفرا رويت فيه فتاوى الإمام أحمد

وتعتبر كتب هذا العصر مرجعاً للعلماء فى العصور التالية .

عصر التقليد

ما إن انتهى هذا العصر حتى بدأ عصر التقليد والتعصب للمذاهب المختلفة وكان المقلدون على طبقات .

الطبقة الثانية : بعد مجتهدى المذاهب طبقة المجتهدين فى المسائل التى لا رواية فيها عن صاحب المذهب ، فإنهم كانوا يخالفون إمامهم فى الأصول ولا فى الفروع ولكن كانوا يجتهدون فى المسائل التى لا نص فيها عن إمامهم على حسب أصوله وقواعد مذهبه كأبى بكر الخصاف وأبى جعفر الطماوى وشمس الأئمة الحلوانى وشمس الأئمة السرخس .

الطبقة الثالثة : من المقلدين ويعرفون بأصحاب التخريج وكانوا لا يقدرون على الإجتهاد أصلا لكنهم لإحاطتهم بالأصول وضبطهم للمآخذ يقدرون على تفصيل قول مجمل ذى وجهين منقول عن صاحب المذهب أو عن أحد من أصحابه المجتهدين . ومن هؤلاء أبو بكر الرازى المعروف بالجصاص .

الطبقة الرابعة : من المقلدين الذين يستطيعون تفضيل بعض الروايات على بعض بقولهم هذا أولى وهذا أوفق للقياس وهذا أرفق بالناس وهذا أصح رواية وهذا أوضح دليلاً ، ومنهم أبو الحسن القدورى وصاحب الهداية .

الطبقة الخامسة : من المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوى ، والضعيف ، وظاهر الرواية ، وظاهر المذهب ، والرواية النادرة ، وهم أصحاب المنون المعتمد عليها فى المذاهب كصاحب الكنز وصاحب المختار ، لا ينقلون فى كتبهم الأقوال المردودة والروايات الضعيفة .

الطبقة السادسة : من المقلدين الذين لا يقدرون على التمييز بين الغث السمين والقوى والضعيف بل هم خاطبوا ليل يجمعون كل مايقع فى أيديهم من أقوال من سبقهم من غير تمحيص ولا تنبيه على مدى صحة مايروى من أقوال السابقين .

هل لازال باب الإجتهاد مفتوحاً ... ؟

إن الذين قالوا بقفل باب الإجتهاد لم يعتمدوا فى ذلك على نص من كتاب الله أو حديث عن رسول الله ولكنهم لما رأوا قوما جعلوا حكم الهوى إجتهاداً ورأو من :

يغنى على مذهب المعز وسيفه

وهوى النفوس وشحها الملحاح

ورأوا من لم تتوفر فيه شروط الاجتهاد ، ولم يتأهل له ، وإنما عنده من كل علم إلمامه لا تغنى ، لما رأوا هؤلاء تصدوا للفتيا فى دين الله ، وجعلوا دينهم تبعاً لهواهم قالوا بقفل باب الإجتهاد ، واكتفوا بما عندهم من آراء المذاهب الفقهية الثابتة المنقولة نقلا صحيحا معتمدين فى ذلك على قاعدة سد الذرائع وكل اجتهاد هؤلاء إنما هو فى استنباط المسائل المحدثة التى لم تكن فى عهد الأئمة من قواعد هؤلاء الأئمة .

واحتجوا فى ذلك بأن مئونة الاجتهاد - الآن - شاقة وعسيرة لبعد العهد بيننا وبين عهد النبوة ، وفساد اللسان العربى وكثرة المصطلحات وتشعب الآراء ، وإذا كان الأمر كذلك فإن الإجتهاد فيه حرج ، والحرج مدفوع بالنص لقوله تعالى : ﴿ ماجعل عليكم فى الدين من حرج ﴾ .

والحق الذى أدين الله عليه أن الإجتهاد ممكن وإن كان عسيراً ، ومما ييسر أمره على المشتغلين بالفقه هو تخصص كل جماعة بالتعمق فى قسم خاص من أقسام الفقه وأن يعنى بدراسة الفقه المقارن ، فإن معرفة مدارك العلماء فى استنباط الأحكام تفتح أبواباً من الفكر تساعد على تربية ملكة الاستنباط ، وقد بينت أنه ليس من الضرورى أن يكون الإنسان فى النحو كسيبويه وفى البلاغة كعبد الظاهر وفى الحديث كالبخارى ، بل يكفيه أن يعرف النص الذى ينظر فيه من جميع نواحيه ويبحث عن المعارض حتى يغلب على ظنه أنه ليس هناك معارض وأن يطرح الهوى جانبا وألا يحكم أولا ثم يبحث عن الدليل ثانيا .

وسد الذرائع - وإن كان مبدأ إسلامياً - مشروط بألا يؤدى إلى ضرر أفدح ، ولا شك أن قفل باب الإجتهاد يؤدى الى جمود الفكر الإسلامى وعدم استجابته لحاجة المجتمع الإسلامى فيكون ذلك قد جافى الدين نفسه ، وهذا أخطر على الدين من وجود أدعياء للإجتهاد ومفتين لا يبالون بما يفتون ، على أنه يمكن تلافى هذا النقص بوجود هيئة لها مكانتها العلمية فى

الفقه الإسلامى تشرف على هذه الفتاوى ، فما كان منها مقبولاً أقرته وما كان منها منحرفاً أنكرته وبينت زيفه وما كان منها محلا للدراسة درسته وتفهمته ثم تقول للناس رأيها فيه .

فإن قيل أن هذا إساءة لحرية الفكر وهى أساس وفى المجتمع ، أقول اننا نسىء الى قضية الحرية بإباحة نشر الأفكار المضللة مغلفة فى تغاليف من الشبة الواهية ونسىء الى العلم بالسماح لمن لم يتأهل له أن يخوض فيه ، فكما أننا لا نسمح لمن لم يتعلم الطب أن يكون طبيباً ولمن لم يتعلم الهندسة أن يكون مهندسا ، بل إن الطبيب الذى تعلم الطب لو ارتكب خطأ لا يقع فيه الأطباء اعتبر مسئولا مدنيا وجنائيا والمهندس الذى يقع فى خطأ ينكره المهندسون لا يعفى من المسئولية ، فلماذا لا يحاسب من خاض فى أمور التشريع وهو لم يتأهل لها ، ولماذا لا يؤخذ من أفتى فى أمر الدين بما لا يتفق مع قواعد الدين .

التقليـــد :

هو العمل بقول الغير من غير حجة كأخذ العامى من المجتهد وليس منه اتباع الأمة للرسول ﷺ لأنه اتباع وأخذ بالدليل المقتضى لوجوب الإقتداء والتأسى به .

﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ ﴿ ولقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة ﴾ .

وفى هذا الموضوع مسائل لابد من التعرض لها لأهميتها :

وقبل الخوض فى هذه المسائل أحب أن أقرر أموراً:

الأول : أن التقليد أخذ بالظن لا باليقين ، فان المجتهد المقلد ليس معصوماً ، فالخطأ جائز عليه .

الثانى : أن من حفظ الأحكام الفقهية ولو بأدلتها من غير أن تكون له ملكة استنباطها من أدلتها لا يعتبر فقيها فى عرف الأصوليين والفقهاء ، وإن جرى عرف المتأخرين على إطلاق هذا الإسم عليه .

الثالث : أن لفظ الأمى يطلق ويراد به كل من لا يستطيع استنباط الأحكام الشرعية من مظانها وإن بلغ الغاية فى العلوم الأخرى ، كما يطلق على المجتهد فى بعض المسائل دون بعضها على القول بتجزء الاجتهاد أنه أمى فيما لا يستطيع الإجتهاد فيه ، مجتهد فيما يستطيع .

الرابع : أن الأحكام الشرعية منها أمور اعتقادية وعملية ، والعملية منها ماهو ملتحق بالعقائد ومنها ما هو ظنى .

إذا عرف هذا ، فأبدأ بعرض المسائل .

المسألة الأولى : بالغ قوم فى ذم التقليد حتى إنك لتشعر إذا قرأت ماكتبوه أن المقلد فى كل شىء أصلاً وفرعاً ضال آثم وأن كل واحد من الأمة واجب عليه أن يعرف كل حكم شرعى بدليله .

ومن هؤلاء ابن حزم فى كتابه الإحكام فى أصول الأحكام وابن القيم فى كتابه أعلام الموقعين .

وهناك قوم أجازوا التقليد حتى فى أصول الشريعة ، وقد نقل ذلك عن أبى الحسن العنبرى من المعتزلة وعن بعض الشافعية ، بل منهم من قال بوجوبه فى الأصول .

والدخول فى جدل بين هؤلاء وأولئك مضيعة للوقت بعد أن يثبت بيقين أن الأمة فى كل عصورها كان منها المجتهدون ومنها المقلدون ، فالقول بوجوب هذا دون هذا مغالطة لا تصمد أمام التمحيص .

والذى أدين الله عليه أن التقليد بمعنى التعصب لمجتهد دون غيره هو الممنوع لأن ذلك التزام مالا يلزم بغير دليل شرعى ، فإنه لا أحد يجب تقليده وإتباعه إلا الرسول ﷺ ولو أوجبنا الاجتهاد على كل الأمة للزم على ذلك الحرج الشديد ولتعطلت المصالح ولكان هذا تكليفاً بما لا يطاق عند الكثرة الكثيرة من الأمة .

المسألة الثانية : غير المجتهد إذا وقعت له حادثة لا يعرف حكمها ، ولا يستطيع أن يعرفه من مظانه وجب عليه أن يستفتى مجتهداً وهذا مما لا خلاف فيه لقوله

تعالى :﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ وكان السلف يرجع عاميهم الى عالمهم فيما يعرض لهم من أحداث .

وأما إن كان من أهل الإجتهاد ولكنه لا يحضره حكم فى هذه المسألة ، أيجوز له أن يقلد غيره أم لا .

فقال قوم نعم ، وقال قوم لا ، وفصل آخرون فقالوا إن ضاق الوقت عليه بحيث لو اشتغل بالبحث عن الدليل فاتت الحادثة ، جاز له التقليد وإلا لا ، وقال قوم إن ثبت عنده صحة الدليل أخذ به وإلا فلا .

وأما الرأى الراجح هو الأول لتواتر الأخبار عن السلف أنه كان يسأل بعضهم بعضاً عالمهم وأميهم ، وكانوا يقبلون قول المفتى من غير أن يطالبوه بالدليل إلا قليلا .

ويلى هذا الرأى فى القوة الرأى الثالث وهو جوازه عند خشية فوات الحادثة لأنه عذر ينزل فيه العالم منزلة الأمى لضيق الوقت .

وأما المانعون فقد استدلوا بأن المجتهد يقدر على معرفة الحكم بنفسه فلا يصار الى الغير مع قدرته ، كما لا يجوز المصير الى التيمم مع القدرة على استعمال الماء وأجيب بأن الواجب هو معرفة الحكم ولو ظناً ، وهذا حاصل باجتهاده هو أو اجتهاد غيره ، إذ المفروض أن المسألة ظنية .

وأما من اشترط معرفة صحة اجتهاد من يستفتيه ، فالجواب أنه لا يكون عندئذ مقلداً .

وأما المجتهد الذى انتهى فى مسألة الى رأى فلا يجوز له أن يعمل بغير رأيه .

المسألة الثالثة : إذا غلب على ظن العامى علم وعدالة بعض الناس ولو بطريق التسامح وإقبال الناس عليه جاز له أن يستفتيه فى أمر دينه وأن يأخذ بفتواه فيما يجوز فيه الاجتهاد .

وإذا تيقن له عدم اتصافه بهما أو بأحدهما فلا يجوز له تقليده ، وإن قلده كان آثما . بقى إن جهل حاله علماً وعدالة .

والحق أنه إن جهل حاله فى العلم فلا يجوز أن يقلده كمن عنده مريض فذهب به الى من لا يعرف عنه الطب فإنه يأثم لأنه تعريض النفس للتهلكة ، وهذا فيه تعريض دينه للتهلكة ، والتحوط فى الدين أكد من غيره .

وإما إن جهل فى العدالة مع شهرته فى العلم ، فالحق أنه يجوز له أن يستفتيه ويأخذ برأيه إذ أمر العدالة مبنى على الستر ، ولأن الغالب أن المشتغل بالعلوم الدينية يكون عدلا ، ولا عبرة بالنادر الأقل .

المسألة الرابعة : يجوز لمجتهد المذهب ولأهل التخريج أن يفتى برأي إمامه تخريجا على مذهبه بشرط أن يغلب على ظنه عدم وجود ما يعارض رأي إمامه من أدلة أقوى من أدلة إمامه فقد كان أصحاب أبى حنيفة يفتون ويخرجون على مذهب أبى حنيفة مع وجود مجتهدين كاملين كالشافعي وأحمد وغيرهما ، ولم ينكر عليهم أحد ذلك ، ولأننا لو قفلنا هذا الباب لم نجد من يرشد الناس إلى أحكام دينهم .

المسألة الخامسة : يجوز تقليد المفضلون مع وجود الأفضل بعد أن يكونوا قد بلغوا مرتبة الإجتهاد وذلك كتقليد الصحابة لرأى زيد بن ثابت فى توريث الجد مع الإخوة وترك كثير منهم لرأى الصديق الأكبر وهو ولا شك أفضل منه ، وكاقتداء كثير منهم لابن مسعود فى رأيه فى الحامل المتوفى عنها زوجها فى قوله إن عدتها وضع الحمل وتركهم لرأى على كرم الله وجهه فى أن عدتها أبعد الأجلين .

وكذلك فان دليل التقليد هو قوله تعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ لا يوجب إلا أن يكون المسئول من أهل الذكر فيما يسأل عنه ، وليس من الضرورى أن يكون قد بلغ الغاية .

شرع الاستاذ / جلال سعد عثمان المحامى

والامين العام المساعد لنقابة المحامين

فى كتابة دراسة جديدة له حول



« قانون الأحوال الشخصية »

معلقا على نصوصه

فرأى أن يخص بها مجلة المحاماة أولا قبل نشرها فى كتابه .

والله نسأل أن ينفع بجهده هذا وأن يبارك فيه فكانت هذه هى مقدمة الكتاب

مقدمـــة

فقد كان ما كتبه الله لى أن أشتغل بقضايا الأحوال الشخصية منذ عهد مبكر وعلى وجه التحديد منذ ثلاثة عشر عاماً ولعل السبب فى أن أشتغل بمثل هذا النوع من القضايا هو أننى كنت أؤم الناس وأخطبهم وأدرسهم ومن خطب الناس أو درسهم ، فلابد أن يسألوه ، ولا مفر له من أن يجيب . وهذا ما دعانى إلى الاهتمام بفقه الشريعة ولا سيما المتعلق منها بأحكام الأسرة أو ما أطلق عليه اصطلاحاً بالأحوال الشخصية ولا مشاحه فى الاصطلاح كما قال علماؤنا .

ومن هنا قام فى نفسى أمل تمنيتُ « أن أقوم به وأن اعان عليه وهو أن أقدم دراسة لقانون الأحوال الشخصية وأن أعلق على نصوصه بما لابد منه أضيق نطاق ... بطريقة جديدة غير معهودة لأننى لاحظت فى كثير من الشراح - مع توقيرى الكامل لهم ولفضل سبقهم - أنهم شرحوا النصوص وكأنها تنزيل من التنزيل ، وقبس من نور الذكر الحكيم . وهذا ليس بالحظر وأنا أحظر ما فى الأمر وأسوأه أن يُضفوا على هذه النصوص الشرعية - رغم مخالفة بعضها للشريعة الإسلامية .

وذلك بسكونهم عليها دون التنويه على هذه المخالفة .. وكان من نعمة الله على أيضا أن تحررت منذ وقت مبكر من ربقه التمذهب والتقليد والتعصب لقول عالم شخصه أو شارح بعنيه ولعل الفضل فى ذلك يرجع إلي بيئة الحركة الإسلامية المعاصرة التى كنت ولا زالت أعيش من رحابها ، فقد تعلمت من هذه البيئة أن اتحرر من العصبيه وأن أزن أقوال الشراح الذين سبقونى بميزان الكتاب والسنه فما وافقهما من أقوال السلف قبلناه ، وإلا فكتاب ربنا وسنه نبينا أولى بالاتباع . فالله عز وجل يقول ﴿ قل هاتوا برهانكم أن كنتم صادقين ﴾ .

ولا يسمى العلمُ علماً إذا كان ناشئاً من غير دليل ولقد قال الامام على - كرم الله وجه « لا تعرف الحق بالرجال بل أعرف الحق تعرف أهله » .

كذلك من المفيد النافع أن أذكر أهداف عملى ونهجى فى هذا الكتاب :

أن المنهج الذى اتبعته في هذا الكتاب يقوم على عده قواعد أهمها :

القاعدة الأولى:

لا عصبية ولا تقليد:

أولاً التحرر من التقليد الأعمى لزيد أو لعمرو من المتقدمين أو المتأخرين ، فقد قيل : لا يقلد الاعصبى أو غبى . وأنا لا أرضى لنفسى واحداً من الوصفين .

هذا مع تقديرى الكامل ، واحترامى التام لمن سبقونى ، فعدم تقليدهم ليس حطاً من شأنهم بل سيراً على نهجهم ، وتنفيذاً لوصايهم بأن نأخذ من حيث أخذوا .

ولذلك تجدنى فى هذا الكتاب لم التزم رأياً فى قضية أثيرت بدون دليل قوى ، سالم من معارض معتبر ولم أكن كبعض الناس الذين ينصرون رأيا معيناً لأنه قول فلان أو مذهب فلان دون نظر إلى دليل أو برهان وعمدتى فى هذا هو قول ربنا تبارك وتعالى ﴿ قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين ﴾ .

القاعدة الثانية :

مخاطبة القراء بلغه العصر :

فمن القواعد التى التزمتها ، أن أخاطب الناس بلغه عصرهم التى يفهمون متجنباً وعوره المصطلحات الفقهيه الصعبة ، وخشونه الألفاظ الغريبة ، متوخياً السهولة والدقة .

وقد جاء عن الامام على : « حدثوا الناس بما يعرفون ، ودعوا ما ينكرون أتريدون أن يكذب الله ورسوله » .

فاستخدمت اللغة السهلة القريبة المأنوسة فخاطبت العقول بالمنطق ولم أثر العواطف بالمبالغات فإن البشرية لم تعرف ديناً يحترم العقل والعلم كما يحترمه الإسلام .

القاعدة الثالثة :

اعطاء النص الشرعى حقه من الشرح والايضاح :

ولا بأس هنا أن أسجل أهم الخطوات التى كنت اتبعها فى الشرح والبيان منها :

١- ايراد النص القانونى مع بيان عما إذا كان قد تم تعديله بالقانون ١٠٠ لسنة ٨٥ من عدمه .

٢- بيان السند الشرعى للنص والتدليل عليه من خلال الإدلة الشرعية المعتبرة « من كتاب وسنه وإجماع » . وذلك لإعتقادى بأن النص التشريعى لا معنى له إذا لم يذكر معه دليله ، بل جمال الفتوى وروحها الدليل كما قال شيخ الإسلام ابن تيميه .

٣- المقارنة أو الموازنة بين النص القانونى الوارد بقانون الاحوال الشخصية وبين موقف الإسلام منه وهذا هو الجديد النافع لإنى لاحظت كما قلت سابقاً أن بعض الشراح يقوم بإيراد النص القانونى وكأنه تنزيل من التنزيل مع أنه نص بشرى يؤخذ منه ويترك لأنه من مناهج البشر وأنظمتهم التى يَنضَحْ عليها تصورهُم وأهواؤهم ونزعاتُهم ونقصهُم الذاتى .

أين ما يضع الانسان مما يخلق الله ؟

الم ترى أن السيف يزرى بقدره

إذا قيل هذا السيف امضى من العصا

والذى أؤكده وأنا منشرح الصدر ، مطمئن القلب ، أن الذى يدرس الإسلام دراسة عميقة ، ثم يدرس غيره من الفلسفات الأرضية الممسوخة يتبين له أن الإسلام لا يمكن إلا أن يكون منهج الله الخالد ونظامه الكامل فلا وجه للمقارنة إذن - بينه وبين مناهج البشر ..

واذكر هنا على سبيل المثال لا الحصر من الاحكام المخالفة لمبادىء الشريعة الإسلامية فى هذا القانون .

(أ) اعتبار البنت البالغة من أطفال الحضانه حتى تتزوج . راجع التعليق على نص المادة ٢٠/١ .

(ب) والتطليق لضرر تعدد الزوجات . راجع التعليق على نص المادة ١١ مكرر .

(جـ) واخراج المطلق من مسكنه ليكون مسكناً للحضانه راجع التعليق على نص المادة ١٨ مكرر ثالثاً .

(د) اجبار الزوج عند زواجه على بيان اسماء زوجاته ومحل إقامتهن . راجع التعليق على نص المادة ٢٣ مكرر .

(هـ) بعض أحكام دعوى الاعتراض على الطاعة . راجع التعليق على نص المادة ١١ مكرر ثانياً .

(و) بعض أحكام المتعه . راجع التعليق على نص المادة ١٨ مكرر إلى آخره .

٤- **كذلك من خطوات المنهج** الذى سلكتــه فى هذا الكتاب والخطة التى سرت عليها بعد إيراد النص وإعطاء سنده الشرعى والمقارنة بينه وبين موقف الإسلام منه قمت بالتعليق على النص وضمننه اراء الفقه الشرعى قديمه وحديثة واعتمدت على المستحدث فى قضاء النقض فى الأحوال الشخصية بحسباته من مصادر التشريع ووسائل تفسيره ثم ذكرت ما قد يعتبره النص المعلق عليه من مشكلات عملية من واقع تجربتى العملية فى المحاماه التى كشفت لى عن أن كثيراً من تعقيد الاجراءات لا يرجع إلي مضمون القاعدة الإجرائية كما وردت فى النص التشريعى بقدر ما يرجع فى كثير من الاحيان إلى التعليمات والمنشورات الإدارية ..

كما أنه لا يفوتنى أن أذكر فى هذا المقام أن أقول من باب « لا يعرف الفضل لأهل الفضل إلا ذووه » أننى استفدت كثيراً من الأستاذ الفاضل رئيس نيابه النقض حالياً الأستاذ أشرف مصطفى كمال من عرضه للمشكلات العملية فى كتابه القيم « المشكلات العملية فى قانون الأحوال الشخصية » .

٥- **كذلك من خطوات هذا المنهج :** أننى لم أذكر المذكرة الإيضاحية للنص على أهميتها إلا بالقدر الذى يفيد فى ايضاح غموض النص وذلك توفيقاً بين الرغبة فى تقديم أكبر قدر من المعلومات فى ضغط حيز الكتاب تأكيداً لفائدته وحرصاً عليه من السأمه والاملال .. مع علمى التام بأن القوانين لا تفسر بظواهر ألفاظها فقط ، بل تفسر بأغراضها ومذكراتها الإيضاحية ومصدرها التاريخى ، والفكرة التى انبعث منها نظرة الذين وضعوها ..

٦- **كذلك من خطوات هذا المنهج :** هو أننى بعد أن أنهُى شرحى وبيانى للنص أذكر فائدة عملية تتمثل فى الدفوع القانونية التى يمكن أن يشرها النص إلي جانب إيراد بعض الصيغ الغير معهوده فى كتب الصيغ الشرعية ..

٧- **كذلك من خطوات هذا المنهج :**

تحديد المصادر وجمع المادة :

وكان أول ما علّى أن أقوم به هو تجميع المادة المطلوبة من مَظانِّها ، أعنى تجميع النصوص والأقوال اللازمة للبحث من مصادرها القديمة والحديثة الشرعية والوضعية وخاصة نصوص القرآن والسنة .

ومصادرى هنا فى هذا الكتاب غزيرة موفورة ، وهى مزيج من كتب التفسير فى مختلف الأعصار . التفسير بالراوية ، والتفسير بالرأى ، وخاصة تفسير آيات الأحكام وكتب الحديث ، متونه وشروحه ، وروايته ودرايته وجرحه وتعديله ولا سيما كتب فقه الحديث كمنتقى الأخبار وشرحه . وكتب الفقه المذهبي والمقارن ، وبخاصة تلك التى تعنى بالادلة والرد على المخالفين ، وكذلك كتب الاصول والقواعد الفقهية . وكذلك كتب من سبقونى وكان لهم فضل السبق فى هذا المجال اذكر منهم على سبيل المثال :

١- المشكلات العلمية للأستاذ / أشرف مصطفى كمال

٢- وموسوعة الفقه والقضاء للمستشار / عزمى البكرى .

٣- والتعليق على نصوص الأحوال الشخصية للمستشار / نصر الجندى .

٤- وكتابات وبحوث أبى زهره فى مسائل الأحوال الشخصية .

٥- ثم ذيلت النص بأحدث أحكام محكمة النقض وذلك بذكر المبادىء التى قررتها هذه المحكمة .

كما حرصت على تعدد المراجع قدر المستطاع تيسيراً على الباحث والعناية بمواطن الاختلاف اثراءً للإجتهاد .

٨- **اما عن علة اختيارى** لهذا الاسلوب فى الشرح وهو التعليق علي النصوص رغم اعتراض الكثيرين عليه وتشبيهه بأسلوب مدارس الشرح على المتون ؟؟ فأنني كمحام يدرك أن الواجبات عند المحامين أكثر من الأوقات ونظراً لضيق وقتنا ، وكثرة ارتباطاتنا والتزاماتنا فإنه يصعب علينا أن ترجع إلى المراجع الفقهية فوجدت أن هذا الأسلوب له فائدة بالغه لأنه سيتيح للمحامى أن يكون لديه إلمام سريع جامع مرن عن الموضوع الذى يريد أن يؤصلّه وإن كان شرحى لهذه النصوص لا يغنى عن الرجوع إلي المراجع الفقهيه أو يعفى الباحث من الإستعانة بمجامع الأحكام وأنما قصدت من هذا الأسلوب أن اعرض نصوص قانون الأحوال الشخصية بين دفتى كتاب واحد يسهل الرجوع إليه كله في وقت واحد مسلطاً عليه اضواء من أحكام القضاء وآراء الفقهاء تكشف عن موقعها من هذه النصوص وتكشف فى يسر عن مواضع البحث فى هذه النصوص ومكامن الخلاف فيها مع تقديم العون بالإرشاد إلي مواطن هذا البحث وهذه هى الخطة التى يتعين أن ينظر إلي الكتاب من خلالها فإن أصابت هذه الدراسة وهذه الخطة الهدف منها ، فهذا ما أحمد الله عليه ، وهو الذى إليه قصدت وله سعيت وجهدت ، ولله وحده المنه والفضل ، وهو المسئول أن ينفع بهذا الجهد وإلا يصل الجهد فيه إلى حد الاسهاب الممل لعلمى بأن الهمم قد داخلها القصور والبواعث قد غلبت عليها الفتور ، وقصر العمر مانع من استيفاء المقصود فالله أسأل . أن ينفع بهذا الجهد وأن يبارك فيه ، وإن قصرت عن بلوغ المرمى فحسبى انى اجتهدت وتحريت ولم آل جهداً أو أدخر وسعاً وعساى أن لا أحرم أجر من أجتهد ، ومثوبه من نوى ، ولكل مجتهد نصيب ولكل أمرئى ما نوى .

كما أسأله تبارك وتعالى أن ينفع به كاتبه وقارئه ومستمعه وجميع المسلمين وأن يرزقنى فيه من الاخلاص ما يكون كفيلا لى فى الآخرة بالخلاص ، ومن التوفيق ما يدلنى على أرشد طريق ، وأرجو منه الاعانة على حَزَن الأمر وسهْله وأتوكل عليه ، وأعتصم بحبله وهو حسبىَ ونعمَ الوكيلَ .

﴿ وربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير ﴾

سورة الممتحنه ، آيه ٤ .

الإسلام دين الدولة .. واللغة العربية لغتها الرسمية ... ومبادىء الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع .

« مادة ٢ من الدستور »

محتويات

قالوا عن المحاماه

المحاماة

هى مهنة الحرية .. والكرامة ..

والكفاح فى مختلف مناحى الحياة ..

وفى كل زمان ومكان ..

كل أولئك هى المحاماة

مصطفى مرعى

المحامى

